

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

LEONARDO DROSDA MARQUES DOS SANTOS

ASPECTOS DA TEORIA JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

**CURITIBA
2007**

LEONARDO DROSDA MARQUES DOS SANTOS

ASPECTOS DA TEORIA JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

**Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO DROSDA MARQUES DOS SANTOS

ASPECTOS DA TEORIA JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, à seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná

Prof. Viviane Stadler Fagundes
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 07 de novembro de 2007.

*Ao meu pai e à minha mãe, pelo muito de
suas vidas que dedicaram em prol da minha
formação.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Elimar Szaniawski, jurista vocacionado, homem bom e generoso, pela atenção que dispensou ao presente trabalho. Suas palavras seguras, sempre gentis, deixaram-me marcas que jamais saberei como retribuir.

Agradeço ao Luciano, irmão querido, pelo apoio nos momentos difíceis, e por compartilhar comigo de sua aguda inteligência, com o esforço sempre presente em ampliar meus modestos conhecimentos nos assuntos relacionados à Informática.

Por fim, registro meu agradecimento à Maira, anjo que caiu dos céus, fonte de inesgotável ternura, por ter me acompanhado em todos os momentos dessa empreitada, animando-me, quando preciso, ajudando-me, quando necessário, e até mesmo sofrendo, quando inevitável.

“Pouco conhecimento faz com que as pessoas se sintam orgulhosas. Muito conhecimento, que se sintam humildes. É assim que as espigas sem grãos erguem desdenhosamente a cabeça para o céu, enquanto as cheias baixam para a terra, sua mãe.”

Leonardo da Vinci

SUMÁRIO

RESUMO	VII
1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	8
2 DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E OS CONTRATOS CELEBRADOS EM MEIO ELETRÔNICO	12
2.1 DOS PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS	13
2.1.1 Do princípio da autonomia da vontade	13
2.1.2 Do princípio do consensualismo	16
2.1.3 Do princípio da obrigatoriedade ou da força vinculante das convenções	17
2.1.4 Do princípio da relatividade	18
2.1.5 Do princípio da boa-fé	19
2.2 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO	22
2.2.1 Das negociações ou providências preliminares	22
2.2.2 Da proposta	24
2.2.3 Da aceitação	25
2.2.4 Formação do vínculo em ambiente eletrônico	27
2.2.5 Do lugar do contrato	31
2.3 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO	33
3 DOS CONTRATOS CELEBRADOS EM MEIO ELETRÔNICO	35
3.1 DA DEFINIÇÃO E DA NOMENCLATURA	36
3.2 DAS CARACTERÍSTICAS E DOS REQUISITOS DE VALIDADE	39
3.2.1 Da identificação e da capacidade das partes	40
3.2.2 Da problemática relativa à imputabilidade	42
3.2.3 O consentimento no meio eletrônico	45
3.2.4 Do objeto do contrato eletrônico	46
3.3 DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS	47
3.3.1 Da integridade da mensagem	48
3.3.2 Da confidencialidade das informações	50
3.3.3 Dos meios de prova dos documentos eletrônicos	52
3.3.4 Da exibição do documento eletrônico em juízo	54
3.3.5 Da legislação processual civil brasileira: avanços e perspectivas	56
3.3.6 Tecnologias de segurança e o ambiente eletrônico	58
3.4 DOS PROVEDORES DE ACESSO E A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	65
4 CONCLUSÕES	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

RESUMO

O trabalho analisa os negócios jurídicos celebrados em ambiente eletrônico, que apresentam peculiaridades a aguçar o espírito dos estudiosos do Direito. Inicia com a abordagem de temas da teoria contratual clássica, e os contrapõe aos contratos eletrônicos, com estudo da nomenclatura, da identificação e da capacidade das partes, da imputabilidade, do consentimento e do objeto do contrato. Tendo em vista que as principais questões a eles associadas não dizem respeito à manifestação da vontade, mas ao assentamento, ao registro da mesma, analisa os documentos eletrônicos, com abordagem relativa à integridade e à confidencialidade das informações, às tecnologias passíveis de assegurá-las, bem como à possibilidade da sua utilização em Juízo, como meio de prova. Por fim, trata do papel dos provedores de acesso na formação dos vínculos contratuais realizados por meio da Internet.

Palavras-chave: Informática. Contrato eletrônico. Documento eletrônico.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ao findar do século passado, disseminaram-se mecanismos tecnológicos que causaram impacto em todos os ramos do Direito. Um grande exemplo é a Internet, a rede mundial de computadores que revolucionou as formas de interação entre empresas e pessoas.

A Internet teve origem nos Estados Unidos. Pensada inicialmente como um sistema de computadores interligados com finalidade militar, suas facilidades de acesso e os inúmeros benefícios que trouxe levaram-na a uma rápida difusão, inicialmente entre universidades e centros de pesquisa, posteriormente dentre usuários residenciais. Tornou-se, desse modo, ambiente freqüentado por pessoas de todas as ordens, o que a revestiu de foro de verdadeiro mercado.

Tecnicamente, representa a interligação de redes de computadores através de linhas telefônicas, fibras ópticas e satélites, mediante o uso de um mesmo padrão de transmissão de dados – os protocolos IP (*“Internet Protocol”*)¹. O usuário tem acesso às informações através de um navegador, ou *“browser”*, ambiente operacional com interface gráfica que utiliza aplicativos e permite a visualização de dados, como é o caso do *“Internet Explorer”*, da *“Microsoft”*, ou do *“Netscape Navigator”*, da *“Netscape”*.

Mais do que um meio de comunicação eletrônica, é uma grande rede de pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas. Proporcionou grande comodidade aos usuários, especialmente nos grandes centros urbanos, na medida em que tornou possível o aumento da dinamicidade nas relações interpessoais, permitiu economia de papel, de pulsos telefônicos, de viagens e de tempo, dentre outras. Sob o ponto de vista empresarial, criou ambiente propício para a prática do comércio, já que passou a atrair profissionais liberais, empresas, consumidores, redes de ensino à distância, ou simplesmente pessoas que buscam alguma forma de entretenimento.

Já conhecíamos outros exemplos de avanços tecnológicos que possibilitam a transmissão de informações a baixo custo, e que também geraram

¹ O TCP/IP é um padrão de protocolo usado na Internet, que torna possível a comunicação entre computadores de redes diferentes. É considerado um protocolo aberto, o que significa que não é produto ou propriedade de nenhuma empresa específica.

reflexos no relacionamento interpessoal. Os mais expressivos talvez sejam o telefone, o rádio e a televisão. Porém, as amplas redes de computadores trouxeram como diferencial a grande interatividade com o usuário, o que as transformou em palco para a realização de negócios.

Note-se que, no estágio de desenvolvimento em que vivemos, aparelhos como o rádio ou a televisão determinam a passividade dos espectadores, já que por meio deles pode-se receber informações, jamais enviá-las. Não é por outra razão que os programas de rádio ou televisão, quando interagem com o usuário, fazem-no em conjunto com outro meio, como o telefone (a exemplo dos casos em que a opinião do telespectador é relevante para a escolha de alguma opção), ou com a correspondência escrita (como no caso das promoções ou sorteios). Com o uso de computadores, pelo contrário, é possível o encontro de vontades das partes – e a conseqüente concretização do negócio jurídico – sem a necessidade da utilização de qualquer outro meio.

A Internet, no entanto, trouxe também aspectos negativos. Incrementaram-se, por exemplo, problemas como o da falsidade ideológica, da proliferação de mensagens difamatórias, da pornografia facilmente acessível a crianças, da pedofilia, dentre outros. Em muitos ramos tornou-se necessária a “existência virtual” para viabilizar a sobrevivência no “mundo real”. Ainda que o fato não esteja muito claro em nosso meio, surgiu uma nova modalidade de analfabetismo, o analfabetismo digital, cuja superação é difícil, e torna maior a distância entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Já não basta saber escrever: é necessário escrever um “e-mail”. O próprio conceito de “fato local” ficou relativizado, já que qualquer acontecimento pode atingir rapidamente um público de escala global.

Nessa linha de raciocínio, não podemos olvidar que liberdade individual e soberania do Estado são medidas pela capacidade de acesso à informação. Informação é poder, como já foi um dia a propriedade da terra. Os privados do seu acesso tendem à marginalização. Mas, indaga-se, como seria possível propor “inclusão digital” a países que ainda hoje não conseguiram solucionar problemas primários, tais como saneamento básico ou saúde?

É em meio a essa conjuntura que tem se desenvolvido o comércio eletrônico. E as transações comerciais, das mais simples às mais complexas,

necessitam ser garantidas pelo contrato, instituto capaz de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Veremos que a estrutura geral dos vínculos eletrônicos é similar à dos tradicionais. No entanto, as normas e concepções historicamente desenvolvidas pelo Direito por vezes não encontram perfeita consonância com as exigências impostas pela nova tecnologia, motivo pelo qual certos conceitos necessitam ser adequados, a fim de que possam oferecer resposta satisfatória às novas demandas jurídicas.

Pode ser difícil, por exemplo, constatar a existência do consentimento ou da intenção de se obrigar, quando a parte opera um computador. A declaração de vontade pode, por vezes, ter sido gerada automaticamente, com o indivíduo presente apenas de forma mediata, ao programar o equipamento. Por fim, pode ser tormentosa a aplicação de dispositivos de lei referentes à hermenêutica contratual – já que, por exemplo, às vezes é impossível recorrer aos usos e costumes locais no caso de omissão do contrato.

Além disso, o próprio comércio eletrônico traz alguns dos inconvenientes dos contratos à distância, a saber, o fato de consumidores estarem sujeitos a solicitações reiteradas por parte de certos fornecedores, mediante o uso de técnicas agressivas de contratação; a possibilidade de a mercadoria não ser entregue, ou de o adquirente não se agradar com ela – por ter criado falsa expectativa com base em imagens ou descrições visualizadas na tela do computador.

Ao longo do trabalho, faremos alusão à Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (conhecida pela sigla inglesa “UNCITRAL”²). Mencionaremos, também, alguns dos dispositivos constantes nos Projetos de Lei n.º 1.589/1999 e n.º 4.906/2001, que tramitaram conjuntamente perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, e dispunham, dentre outras

² Apesar do nome, não se trata de uma lei propriamente dita, mas de diretrizes internacionais oferecidas ao legislador para servir de auxílio na elaboração de normas internas, que objetivam facilitar o emprego e a disseminação do comércio eletrônico através da superação de restrições relativas ao uso de modernos meios de comunicação. Desde 1997 alguns países já editaram leis tomando-a como parâmetro, como a Alemanha e Itália (1997), Espanha (1999) e França (2000). “UNCITRAL” é sigla de “*United Nations Commission on International Trade Law*”.

matérias, sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital³.

Iniciaremos com a análise de premissas gerais sobre as quais repousam a tradicional Teoria dos Contratos, com estudo das novas demandas decorrentes dos contratos celebrados em ambiente eletrônico, para depois nos debruçarmos sobre aspectos específicos dessa modalidade de contratação.

³ No transcorrer do itinerário procedimental respectivo, foi formada Comissão Especial que teve como Relator o Deputado Júlio Semegüini, que elaborou parecer favorável, mas com substitutivo. Isso certamente desagradou o então Deputado “Dr. Hélio”, autor do projeto, que preferiu o encerramento da Comissão a curvar-se às modificações apresentadas. Por essa razão, os Projetos não registram movimento desde o ano de 2001 – e foi precisamente por isso que deixamos de realizar análise aprofundada do tema.

2 DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E OS CONTRATOS CELEBRADOS EM MEIO ELETRÔNICO

Tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do Direito⁴. Ato regulamentador de interesses privados, espécie do gênero negócio jurídico, corresponde ao exercício da autonomia privada, e objetiva alcançar o adimplemento daquilo o que nele se encontra consignado. Representa importante instrumento de transferência de riquezas, por harmonizar a convergência de vontades e estabelecer direitos e obrigações recíprocas, regulando, constituindo ou extinguindo relações jurídicas.

Conforme observa THAÍSSA GARCIA GOMES, “o novo Código Civil brasileiro não conceitua o instituto, como fazem os nossos vizinhos argentinos em seu Código Civil, art. 1.137, cabendo tal tarefa à doutrina, o que se entende, inclusive, mais apropriado”⁵.

Pode ter natureza unilateral, bilateral ou plurilateral, dependendo do número de vontades participantes, e abarca qualquer espécie de relação lícita. Não se restringe ao campo das relações privadas, mostrando-se presente em praticamente todas as áreas do conhecimento jurídico, seja do Direito Público, seja do Direito Privado⁶.

Todas essas características estão presentes nos contratos eletrônicos, porque sua estrutura é idêntica à dos tradicionais. A bilateralidade do negócio jurídico, por exemplo, é perfeitamente identificável a esse tipo de contrato. A diferença substancial diz respeito tão somente ao *meio* utilizado para a contratação.

A propósito, embora o Código Civil não tenha expressamente inserido os contratos eletrônicos no nosso ordenamento, não trouxe qualquer disposição que os obstaculize de produzir efeitos jurídicos. A ressalva diz respeito, por

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1999. p. 11.

⁵ GOMES, Thaíssa Garcia. Princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 838, p. 725-744, ago. 2005. p. 726.

⁶ Podemos mencionar, nesse sentido, a importância que revestem para o Direito Administrativo, já que, embora o vínculo em que a Administração Pública figura como parte exiba características distintas daquele celebrado exclusivamente entre particulares – tais como a necessidade do processo licitatório antecedente e o desequilíbrio jurídico entre as partes –, seguem, na essência, a principiologia do Direito Civil.

exemplo, à hipótese de a lei exigir alguma formalidade impossível de ser realizada em meio eletrônico.

De qualquer modo, o atual desenvolvimento de formas eficientes de comunicação instantânea deveria ter sensibilizado o legislador a ser mais explícito em relação aos seus modos de aperfeiçoamento, vez que as regras relativas à contratação são praticamente as mesmas que já existiam no Código Civil de 1916.

Iniciaremos nosso estudo com a análise dos princípios que regem os contratos.

2.1 DOS PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS

Os contratos são regidos por princípios, que servem de parâmetro norteador para o trato legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

Princípios são preceitos que constituem a base do ordenamento, os alicerces nos quais se funda o Direito. São enunciados amplos, perenes, sem conteúdo acabado, que possibilitam ao intérprete uma melhor compreensão dos aspectos de determinada categoria jurídica.

Consoante percucientemente assinala THÁISSA GARCIA GOMES,

(...) Para adequada e coerente compreensão do Direito, é muito importante saber que existem os princípios de direito, que servem para suprimir lacunas, e os princípios fundamentais, diretrizes de todo o ordenamento jurídico.⁷

A análise dos princípios contratuais é de grande importância para o estudo dos contratos eletrônicos, especialmente porque não há, até o presente momento, regras específicas que os tratem de forma particularizada. Com efeito, são valiosos instrumentos utilizados pelos profissionais do Direito para suprir a falta – e por vezes até mesmo o excesso – da atividade legislativa.

Passaremos à análise de cada um dos princípios aplicáveis aos contratos.

2.1.1 Do princípio da autonomia da vontade

⁷ *Op. cit.*, p. 727.

O princípio da autonomia da vontade significa o poder das partes de livremente ajustar a conveniência da contratação, bem como o conteúdo da avença, definindo-a do modo que melhor lhes aprouver. O contrato faz lei entre as partes, de modo que qualquer delas pode exigir o seu cumprimento.

Segundo DORVAL BAPTISTA DALLAGNOLO,

De acordo com a melhor doutrina e com a sistemática do Código Civil, o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa ou poder conferido aos indivíduos de criarem, mediante declarações de vontade, relações na órbita do direito. No exercício desse poder ou prerrogativa, toda pessoa tem aptidão ou capacidade, através da manifestação de sua vontade, para suscitar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se.⁸

Não tem validade a manifestação de vontade que não seja espontânea, livre e consciente. No caso de ter havido coação (CC, art. 151⁹), por exemplo, verifica-se a ocorrência de vício de consentimento que pode ensejar a desconstituição do negócio jurídico.

O princípio, todavia, não é absoluto. Limita-se, por exemplo, pela supremacia da ordem pública, que restringe estipulações que atentem contra a moral ou aos bons costumes. Se porventura o interesse individual colidir com o da coletividade, é o desta última que deve prevalecer.

Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,

Duas limitações, porém, sempre foram opostas ao princípio da liberdade de contratar, que são as regras legais de 'ordem pública' e os 'bons costumes'. Isto quer dizer que a vontade pode amplamente determinar o aparecimento do contrato e definir o seu conteúdo, mas não pode fazê-lo contrariando aquilo que o legislador disciplinou como matéria de 'ordem pública', por reconhecer, nas circunstâncias, a ocorrência de interesse público em nível superior ao interesse privado dos contratantes.¹⁰

O Código Civil limitou a liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421¹¹), e impôs a observância dos valores de boa-fé e de probidade (art. 422¹²).

⁸ DALLAGNOLO, Dorval Baptista. Um estudo sobre os princípios gerais do contrato civil. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 11, n. 39, p. 82-93, jan./mar. 1987. p. 86.

⁹ CC, art. 151. *A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incute ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à família ou aos seus bens.*

Parágrafo único. *Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.*

¹⁰ *Op. cit.*, p. 16-17.

¹¹ CC, art. 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

O princípio assumiu outro perfil, também, nos contratos de adesão. Sobre essa categoria, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR percutientemente observa que

Um dos fatos que comprometeram o prestígio da autonomia da vontade foi a proliferação, nos últimos tempos, dos chamados 'contratos de adesão', ou seja, daqueles em que a notória superioridade econômica e jurídica de uma das partes leva à imposição de todas as cláusulas do negócio sem qualquer possibilidade de discussão pela parte mais fraca. A esta cabe somente aderir ou não aderir ao contrato, como um todo.¹³

Assim, nessa modalidade, a autonomia se manifesta somente até a deliberação do objeto do contrato, já que o ato de elaborar os dispositivos contratuais é ato restrito de uma das partes.

Os contratos de adesão são muito utilizados nas contratações de consumo realizadas por meio da Internet. Nos chamados "contratos interativos"¹⁴, por exemplo, o ofertante disponibiliza em um endereço eletrônico as condições gerais em que se dispõe a contratar¹⁵. Caso o usuário demonstre interesse na oferta, aceita-a mediante confirmação digital na tela do computador, via de regra com um clique sobre ícone com a inscrição "aceito", "concordo", ou equivalente¹⁶.

A jurisprudência buscava reiteradamente contornar a desigualdade trazida pelos contratos de adesão, mediante o uso de critérios que possibilitassem interpretar as cláusulas duvidosas em favor da parte mais fraca, ou até mesmo invalidando as flagrantemente abusivas, que trouxessem vantagem desproporcional ao contratante mais forte. Todavia, em louvável atitude, o Código

¹² CC, art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

¹³ *Op. cit.*, p. 26.

¹⁴ É tendência na doutrina denominar "contrato interativo" aquele no qual o usuário interage diretamente com um computador, que emite a declaração de vontade em nome do ofertante, caso satisfeitas as condições que haviam sido previamente estabelecidas.

¹⁵ Como exemplos podemos mencionar os famosos portais de compras "www.americanas.com", "www.submarino.com.br", dentre outros.

¹⁶ Existem casos em que é possível ao "internauta" estabelecer negociação direta com o ofertante e discutir as condições gerais do negócio jurídico, tais como preço, forma de pagamento, prazos de entrega, dentre outras. Essas negociações, no entanto, via de regra são informais, e raramente se transformam em um instrumento escrito, exaustivo, que conste todo o conteúdo da avença. O vínculo que delas resulta assemelha-se em muito aos contratos verbais, porque o meio eletrônico é relevante tão somente por possibilitar a aproximação entre as pessoas, que não raro se encontram fisicamente muito distantes. Por essa razão, não há motivo para englobá-los no estudo dos contratos eletrônicos. É o que ocorre, por exemplo, em algumas das contratações realizadas através do site www.mercadolivre.com.br.

Civil de 2002 deitou pá de cal sobre a controvérsia, ao prescrever, no art. 423¹⁷, que havendo cláusula ambígua ou contraditória, dever-se-á adotar solução mais favorável ao aderente.

Deve-se destacar, por fim, que, em se tratando de contrato eletrônico de adesão que tenha como pano de fundo uma relação de consumo, é plenamente viável a aplicação de todas as normas de defesa do consumidor – em especial, aquelas previstas no art. 54 do Estatuto Consumerista¹⁸.

2.1.2 Do princípio do consensualismo

O princípio do consensualismo enuncia que o simples acordo de vontades é suficiente para gerar contrato válido, já que, em regra, não é necessária forma específica para a formação do liame contratual. O contrato decorre do consenso, da declaração convergente de vontades acerca do objeto da avença.

Essa idéia é conquista do recente pensamento jurídico. Em culturas mais antigas, preponderavam o formalismo e o simbolismo. Consoante observa PAULO NADER,

O simples acordo de vontades, ou consenso entre as partes, possui efeito gerador de obrigações contratuais. No Direito Romano a prática contratual era cercada de simbolismo. Prevalecia o caráter formalista. O consentimento não bastava à criação do elo jurídico. O simbolismo foi sendo abandonado progressivamente até atingir-se à fase consensual.¹⁹

O princípio comporta exceções, pois nem todos os contratos são *consensuais*. Os *contratos solenes*, por exemplo, têm sua validade condicionada à realização de determinadas formas estabelecidas na lei. Todavia, conforme lição de ORLANDO GOMES, “as exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a

¹⁷ CC, art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

¹⁸ CDC, art. 54. *Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.*

§ 1.º *A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.*

§ 2.º *Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2.º do artigo anterior.*

§ 3.º *Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.*

§ 4.º *As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.*

§ 5.º (VETADO).

¹⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3. p. 35.

qual a simples 'operação' intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato"²⁰.

2.1.3 Do princípio da obrigatoriedade ou da força vinculante das convenções

O princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) representa a força vinculante dos contratos, e enuncia que as estipulações devem ser fielmente cumpridas.

Ninguém é obrigado a contratar, mas, formado o liame, as partes não podem se eximir do cumprimento daquilo a que reciprocamente se obrigaram. O contrato é intangível, e os contraentes não podem dele se desligar, a não ser que haja concordância nesse sentido, ou que haja escusa por caso fortuito ou força maior (CC, art. 393²¹).

O descumprimento, em regra, enseja à parte inadimplente obrigação de reparar perdas e danos (CC, art. 389²²).

O princípio fundamenta-se na necessidade de conferir segurança jurídica aos negócios, e permite ao prejudicado movimentar a máquina judiciária para garantir que a outra parte venha a adimpli-lo.

Na lição de SÍLVIO RODRIGUES,

Aquele que, por livre manifestação da vontade, promete dar, fazer ou não fazer qualquer coisa, cria uma expectativa, no meio social, que a ordem jurídica deve garantir. O propósito de se obrigar, envolvendo uma espontânea restrição da liberalidade individual, provoca consequências que afetam o equilíbrio da sociedade. Por conseguinte, a ordenação jurídica, na defesa da harmonia das relações inter-humanas, cria elementos compulsórios do adimplemento.²³

O princípio, porém, não é absoluto. Se durante a execução da avença verificar-se situação de onerosidade excessiva para o devedor, diversa daquela existente no momento do encontro das vontades, existe a possibilidade de sua

²⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 35-36.

²¹ CC, art. 393. *O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*
Parágrafo único. *O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.*

²² CC, art. 389. *Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*

²³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 12.

revisão judicial. Nesse caso, o Poder Judiciário adentra no negócio jurídico, objetivando restabelecer o equilíbrio da relação negocial. De igual modo, se uma das partes deixar de cumprir sua obrigação, antecedente à da outra, esta poderá se escusar do adimplemento daquela a que se obrigara, invocando a chamada *exceção de contrato não cumprido* (*exceptio non adimpleti contractus*).

A propósito, ORLANDO GOMES preleciona:

Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz. Conquanto essa atitude represente alteração radical na base do Direito dos contratos, como parece a alguns entusiastas do poder pretoriano dos juizes, a verdade é que, no particular, houve sensível modificação do pensamento jurídico.²⁴

Por fim, se foi o acordo de vontades que criou o contrato, por óbvio que também a manifestação de vontade em contrário pode extingui-lo, por distrato.

2.1.4 Do princípio da relatividade

O princípio da relatividade diz respeito à eficácia do contrato, e enuncia que os ajustes de vontade não aproveitam nem prejudicam a terceiros, produzindo efeitos somente entre os contraentes. Constitui garantia de que a ninguém será imputada relação jurídica que não esteja prevista em lei, ou que não seja derivada do seu querer.

Segundo SÍLVIO RODRIGUES,

Os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. O que, aliás, é lógico. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que não lhes foi imposta pela lei nem derivou de seu querer. Por conseguinte, tal princípio representa um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei o determine, ou a própria pessoa o delibere.²⁵

E, conforme percuciente lição de ORLANDO GOMES, para tornar o princípio compreensível é indispensável distinguir a *existência* dos *efeitos internos*

²⁴ *Op. cit.*, p. 37.

²⁵ *Op. cit.*, p. 17.

do contrato. A *existência* é um fato que não pode ser indiferente às outras pessoas, enquanto os *efeitos internos* circunscrevem-se aos contratantes, de modo que não é possível criar, pelo contrato, direitos e obrigações para outrem²⁶.

No entanto, o princípio da relatividade sofre importantes exceções. Há contratos que, fugindo à regra geral, estendem efeitos a outras pessoas, quer criando direitos, quer impondo obrigações. Podemos mencionar, como exemplo, a estipulação em favor de terceiro e o contrato coletivo de trabalho, dentre outros.

2.1.5 Do princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé, agora tratado expressamente no artigo 422²⁷ do Código Civil, impõe às partes que se comportem de modo correto durante as tratativas, formação e cumprimento do contrato. Quanto mais acentuadas forem as diferenças econômico-sociais dos contratantes, maior será o papel desse princípio como instrumento de controle do mais forte sobre o mais fraco na relação jurídica obrigacional.

Conforme esclarece HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,

Além de prevalecer a intenção sobre a literalidade, compreende-se no princípio da boa-fé a necessidade de compreender ou interpretar o contrato segundo os ditames da 'lealdade e confiança' entre os contratantes, já que não se pode aceitar que um contratante tenha firmado o pacto de má-fé, visando locupletar-se injustamente à custa do prejuízo do outro.²⁸

Nas palavras de THAÍSSA GARCIA GOMES,

O princípio da boa-fé, insito a qualquer sistema jurídico, tem um importante papel na nova sistemática negocial. A boa-fé objetiva envolve três relevantes funções: interpretativa, norteando o juiz na busca dos significados – o juiz presumirá que as partes agiram com lisura; integrativa, servindo de instrumento para colmatar lacunas, ressaltando e exigindo o cumprimento dos deveres acessórios e controle, segundo o qual a parte deverá agir com moderação, observando o direito da contraparte.²⁹

²⁶ *Op. cit.*, p. 43.

²⁷ CC, art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

²⁸ *Op. cit.*, p. 38.

²⁹ *Op. cit.*, p. 742.

Costuma-se distinguir duas espécies de boa-fé: a *subjetiva*, consubstanciada num estado psicológico relativo ao conhecimento ou desconhecimento de algum vício, e a *objetiva*, aferível por critérios de conduta ou modos de proceder, que devem estar revestidos de caracteres de lealdade.

A *boa-fé subjetiva* remonta às origens do direito positivo, e diz respeito à ignorância de vício que macula o ato jurídico. Trata-se de conceito que avalia o íntimo do agente, considerando se ele tinha ou não conhecimento a respeito de alguma irregularidade presente no negócio.

É o que ocorre, por exemplo, no casamento putativo, em que a moça se casa com rapaz desconhecido, recém-chegado à cidade, ignorando o fato de que ele já havia contraído matrimônio na longínqua localidade em que antes residia. Nesse caso, a lei resguarda ao cônjuge de boa-fé algumas prescrições benéficas – como, por exemplo, a de aproveitar a si e aos filhos os efeitos civis do casamento (CC, art. 1561³⁰).

A *boa-fé objetiva*, por sua vez, não se revela pela investigação psíquica do indivíduo, e não se liga à ignorância ou à ciência do agente em relação a determinado fato. Cuida-se de padrão de conduta reta, que os contratantes devem guardar entre si, de acordo com os usos e costumes, fundamento de todo sistema jurídico, e que deve ser observado em toda relação interpessoal. Não se restringe à interpretação do contrato. Deve precedê-lo e permanecer íntegra, mesmo após sua plena execução, de modo a privilegiar o respeito à lealdade e à confiança recíprocas.

Sobre a distinção, pertinentes são as palavras de SHEILA LEAL:

A boa-fé pode ser analisada sob dois ângulos: subjetivo e objetivo. Enquanto a boa-fé subjetiva – do Código Civil Brasileiro de 1916 – cingia-se à convicção de se guardar um comportamento conforme o direito, como resultado da intenção de não prejudicar ou da ignorância de vícios, a boa-fé objetiva, reversamente, permite a concreção de normas e impõe aos contratantes deveres de conduta, de agir com lealdade, de manter sempre presente o dever de informação, de transparência, de sigilo e confiança.³¹

³⁰ CC, art. 1561. *Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.*

§ 1.º *Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.*

(...)

³¹ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 63-64.

Implicação prática decorrente do princípio da boa-fé objetiva é a necessidade de as partes observarem deveres anexos ao contrato, muitas vezes sequer redigidos, decorrentes da justa expectativa que os indivíduos manifestam de se relacionar com pessoas íntegras e probas. São deveres associados à segurança do contratante, ao sigilo que resguarda a intimidade e à vida privada, ao direito de informação, enfim, à lealdade que os contratantes devem guardar um em relação ao outro. Outra decorrência é a possibilidade de o magistrado suprimir lacunas no momento da interpretação do contrato.

Destarte, a boa-fé é conceito ético pautado pelos preceitos de honestidade, boa intenção, e no propósito de a ninguém prejudicar. Trata-se de princípio de grande importância para o manejo jurídico dos contratos celebrados em ambiente eletrônico – que é por essência vulnerável, propício à prática de fraudes –, e porque inexistente legislação específica que os regule. Pensemos que não é raro que as partes se encontrem em posição de completa ignorância acerca das especificidades técnicas relacionadas a esse meio – fato que aumenta sobremaneira a possibilidade de práticas comerciais abusivas.

Assim, o princípio ganha destaque em relação aos contratos eletrônicos, especialmente por despontar como instrumento para a correção de abusos e injustiças, de modo a garantir a segurança e a lisura das relações jurídicas contratuais³².

³² Em relação ao princípio da *boa-fé objetiva*, colacionamos expressivo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ALTERAÇÃO NO MEDIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DA FRAUDE. DESNECESSIDADE. APELANTE QUE SE BENEFICIOU DA ADULTERAÇÃO. CRITÉRIO DE COBRANÇA. ESTABELECIMENTO LOCALIZADO NO LITORAL. SAZONALIDADE. APURAÇÃO PELA MÉDIA DE CONSUMO DOS DOZE MESES ANTERIORES À FRAUDE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. Ainda que não tenha sido comprovada a responsabilidade direta do apelante pela alteração do medidor, a fraude acabou por beneficiá-lo. Não se afigura plausível que o apelante não tenha percebido a drástica queda no valor das faturas, por um longo lapso temporal, mantendo-se o mesmo padrão de utilização da energia elétrica. De fato, tudo leva a crer que o apelante optou por permanecer silente, deixando de comunicar à apelada a irregularidade na medição do consumo. Tal comportamento não se compatibiliza com a nova sistemática do direito obrigacional, positivada pelo art. 422 do Novo Código Civil. A boa fé objetiva, consagrada neste dispositivo, impõe às partes de uma relação obrigacional o dever de lealdade, o dever de informação, enfim, os denominados deveres laterais, inerentes a qualquer relação contratual, ainda que não expressos no instrumento do contrato. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 372956-2. S. Ozaki Cia. Ltda. e Copel Distribuição S/A. Relator: Des. Cunha Ribas. 22 nov. 2006. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/Result_Codigo.asp?Codigo=786698#Partes>. Acesso em: 15 mar. 2007.)

2.2 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

O contrato se aperfeiçoa com a manifestação concordante de vontade das partes. Ela pode ser expressa, quando revelada a partir de propósito deliberado, ou tácita, na hipótese de as circunstâncias do caso demonstrarem que o agente não pretendia o contrário. Em outras palavras, a formação do contrato ocorre quando a proposta emanada pelo proponente, ou polícitante, é aceita pelo oblato, a pessoa a quem foi dirigida.

Todavia, algumas vezes verifica-se a existência de uma fase pré-contratual. Nesse caso, importa delimitar, com precisão, o ponto a partir do qual as partes estão vinculadas, bem como as consequências do eventual rompimento das negociações.

É conveniente que o contrato satisfaça aos interesses de ambas as partes, sem que nenhuma delas perceba vantagem em detrimento do prejuízo da outra. Daí a importância da informação, para que os contratantes estejam esclarecidos acerca de todos os pormenores relativos ao negócio que estão a celebrar.

A formação dos contratos em ambiente eletrônico suscita uma série de questões jurídicas próprias, que examinaremos em tópico subsequente.

2.2.1 Das negociações ou providências preliminares

As negociações preliminares são sondagens iniciais que objetivam avaliar a conveniência do negócio jurídico. Podem ser mantidas através da reunião física entre os interlocutores – ou, no caso dos vínculos contratuais eletrônicos, pela troca de e-mails, através de videoconferência, dentre outros. Em regra, não geram responsabilidade para as partes, já que as tratativas são superficiais, sem compromisso. Se durante as negociações preliminares alguma das partes apura algum inconveniente para o negócio, é razoável que dele se retire.

Conforme observa ORLANDO GOMES,

Debates os interessados as condições que podem tornar o contrato viável, prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um 'projeto' de futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a 'minuta', que servirá de roteiro, para a redação do competente 'instrumento', cujo texto, via de

regra, a reproduz. Outras vezes, as 'negociações preliminares registram-se em simples 'apontamentos', utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato.³³

E prossegue:

Seja qual for, porém, a forma que assumam, as 'negociações preliminares' constituem atividade que, embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações propriamente ditas.³⁴

Os contratantes devem agir com lealdade, fundados no princípio geral de que a conduta humana é pautada pela boa-fé, e que ninguém pode impor prejuízo a outrem. Há casos excepcionais, no entanto, em que se verifica comportamento censurável por parte de quem abandonou as negociações. Nessa hipótese, a superveniência de danos pode gerar a chamada *responsabilidade extracontratual* daquele que os causou, com fundamento no art. 186³⁵ e 187³⁶, cumulados com o art. 927³⁷, do Código Civil.

A esse respeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA menciona:

As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação destes deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato.³⁸

No mesmo sentido, repisa SÍLVIO RODRIGUES:

³³ *Op. cit.*, p. 61.

³⁴ *Idem.*

³⁵ CC, art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

³⁶ CC, art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

³⁷ CC, art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3. p. 38.

(...) O abandono das negociações preliminares não pode ser arbitrário e injustificado, estribado no mero capricho de uma das partes. O início da fase de pontuação revela o propósito de contratar e cria, naturalmente, no espírito dos futuros contratantes, uma expectativa legítima de vir a concluir um negócio. Tal expectativa, poderá conduzir, e no mais das vezes conduz, uma das partes a realizar despesas, a abrir mão de outros negócios, a alterar planos de sua atividade imediata. Ora, tal expectativa não pode ser frustrada pelo mero capricho de um dos contratantes, sem que incorra ele no dever de reparar os prejuízos por ventura resultantes.³⁹

De todo modo, é importante ressaltar que o rompimento injustificado do debate preliminar não enseja ao prejudicado a prerrogativa de exigir o cumprimento do contrato que em tese seria realizado, mas tão somente de postular a reparação pelos prejuízos que verificou.

Por fim, em atenção ao assunto especificamente tratado neste trabalho, podemos mencionar como exemplo de negociação preliminar em ambiente eletrônico a visita que um usuário efetua em site de compras, com o objetivo de se informar acerca do preço e das condições de pagamento de determinado produto⁴⁰. A mera visita constitui sondagem inicial, já que objetiva avaliar a conveniência da realização de um contrato eletrônico de compra e venda.

2.2.2 Da proposta

A proposta (ou oferta) é o primeiro passo para a formação do contrato. Trata-se de ato jurídico unilateral, em que o emissor (o proponente ou peticitante) apresenta a alguém os termos em que se dispõe a celebrar o negócio. É a primeira manifestação volitiva lançada à parte adversa, a fim de que esta declare seu aceite ou sua recusa em contratar.

É vinculante ao proponente durante o período no qual possui vigência, pois cria a expectativa de contratar, e deve conter todos os elementos fundamentais do negócio jurídico. Na falta de prazo fixado pelo peticitante, vigorará por prazo que se entenda necessário para que a outra parte dela tenha conhecimento e sobre ela se manifeste, conforme análise do caso concreto.

Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

³⁹ *Op. cit.*, p. p. 68.

⁴⁰ É fundamental ressaltar que os anúncios veiculados em ambiente eletrônico devem observar o regramento próprio relativo à publicidade mercantil – e, se for o caso, as disposições específicas do Código de Defesa do Consumidor –, a fim de se evitar abusos como o da propaganda enganosa.

Embora não haja a lei minudenciando os 'requisitos' da 'proposta', deve ela ser séria e precisa, uma vez que constitui o impulso inicial de uma fonte obrigacional; e deve conter as linhas estruturais do negócio em vista, para que o contrato possa considerar-se perfeito, da manifestação singela e até simbólica daquele a quem é dirigida, denominada 'oblato'. É uma declaração receptícia de vontade, caráter que não perde se, ao invés de dirigir a uma pessoa determinada, assumir o aspecto da oferta ao público, em que o oblato não é identificado.⁴¹

Quando realizada na presença física das partes ou através de meio de comunicação que torne possível o imediato conhecimento da resposta do policitado, será considerada *entre presentes*. Nesse caso, inexistindo prazo conferido pelo proponente, o policitado deverá expedir aceitação de pronto, sob pena de exoneração do primeiro.

Se, pelo contrário, não houver possibilidade de o policitante obter resposta imediata, será considerada *entre ausentes*, como tradicionalmente ocorre com a carta – hoje substituída, em grande medida, pelo e-mail. Nesse caso, deixará de ser obrigatória quando esgotado o prazo previsto para resposta, ou quando houver decorrido tempo suficiente para que ela tivesse chegado ao conhecimento do proponente, se formulada sem prazo.

Não será obrigatória, também, se antes da proposta, ou juntamente com ela, chegar a conhecimento da outra parte a retratação do proponente, se trazer cláusula expressa em contrário, ou se a natureza do negócio tornar incompatível a obrigatoriedade.

Atentando à prática comercial cotidiana, e conforme mencionado no excerto acima transcrito, o Código Civil preceitua que a oferta ao público equivale à proposta quando encerrar os requisitos essenciais do contrato (art. 429⁴²), salvo se o contrário resultar dos usos ou das circunstâncias do negócio. Isso significa que a proposta pode ser dirigida a pessoas indistintamente consideradas na sociedade.

2.2.3 Da aceitação

⁴¹ *Op. cit.*, p. 38.

⁴² CC, art. 429. *A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.*

A aceitação é o reflexo da vontade da outra parte, e consiste na resposta feita dentro do prazo, manifestante da adesão integral à proposta recebida. Caso ambos os requisitos não estejam atendidos, não se tratará de aceitação, mas de nova proposta, que desvinculará o proponente originário da obrigação de contratar⁴³.

Nos precisos termos de ORLANDO GOMES, “‘aceitação’ é a aquiescência a uma ‘proposta’”⁴⁴.

O ordenamento não exige solenidade específica para a prática desse ato. Pode ocorrer, por exemplo, com um simples aceno de mão, como ocorre na prática já consolidada dos leilões. Também é reputada válida na hipótese de a parte a quem é dirigida passar a se comportar de maneira que é possível concluir que a aceitou. Exemplo clássico, ainda que de lisura questionada sob a ótica da legislação consumerista, é o da operadora que envia cartão de crédito para a residência do usuário, fundado em contrato que se reputa aceito no momento em que o consumidor passar a utilizá-lo.

O contrato se reputa aperfeiçoado no momento da aceitação, nos termos do art. 434 do Código Civil⁴⁵. Ela se dá, em regra, pela declaração de vontade do aceitante, mas nada obsta que se perfaça de qualquer modo que demonstre a inequívoca convergência de vontades entre o ofertante e o destinatário.

Todavia, conforme observa SÍLVIO RODRIGUES, tal regra, embora de fácil aplicação quando presentes as partes, torna-se complicada quando o contrato se perfaz por correspondência epistolar ou telegráfica, pois cumpre saber se o negócio se conclui no momento em que o oblato escreve sua aceitação, no momento em que a expede, ou naquele em que o policitante toma conhecimento da concordância do outro contratante⁴⁶.

⁴³ Essa é, aliás, a orientação do art. 431 do Código Civil: “A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 64.

⁴⁵ CC, art. 434. *Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:*

I – no caso do artigo antecedente; [retratação da proposta]

II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III – se ela não chegar no prazo convencionado.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 75.

Surgem, então, várias teorias. A *teoria da informação* ou *cognição* enuncia que a formação do contrato se dá no instante em que o proponente toma ciência da aceitação. A respeito desse sistema, ORLANDO GOMES observa que

Alega-se, em seu favor, que evita o absurdo de ficar alguém vinculado por um contrato sem o saber. Tem, porém, o inconveniente de dificultar a determinação do exato momento em que o contrato se forma, pois ficaria ao arbítrio do proponente procrastiná-lo. Ademais, não seria justo deixar o aceitante na ignorância de que o contrato se aperfeiçoara, o que obrigaria nova comunicação.⁴⁷

Pelo sistema da *agnição*, pelo contrário, o contrato se aperfeiçoa pela declaração do aceitante. Aqui, porém, formam-se três sub-vertentes: a da *declaração*, de pouca importância prática, segundo a qual o contrato se aperfeiçoa desde o momento em que a mensagem é redigida pelo aceitante; a da *expedição*, que adota o momento em que a resposta é expedida; e, por fim, a da *recepção*, segundo a qual o contrato se reputa aperfeiçoado no momento em que a resposta chega às mãos do proponente.

No tocante à sub-vertente da *declaração*, ORLANDO GOMES observa que, subordinado à simples aceitação do oblato, "(...) o momento em que se verifica não pode ser determinado com exatidão, eis que somente o próprio aceitante o saberia"⁴⁸. A da *expedição* é tida como insuficiente, "(...) pois a carta pode extraviar-se e se desfazer contrato perfeito e acabado por eventualidade dessa ordem"⁴⁹. Tal inconveniente, segundo o autor, pode ser obviado pela subteoria da *recepção*⁵⁰.

O Código Civil de 2002, seguindo a orientação já desenhada pelo Código Comercial de 1850 e pelo Código Civil de 1916, acolheu o *sistema da agnição*, na forma da *subteoria da expedição*⁵¹.

2.2.4 Formação do vínculo em ambiente eletrônico

Conforme pudemos constatar, a distinção da *contratação entre presentes* da *contratação entre ausentes* é fundamental para determinar o

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 68-69.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 69.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 76.

momento a partir do qual as partes se encontram vinculadas. A necessidade dessas categorias adveio justamente do desenvolvimento de meios de comunicação mais eficientes, que possibilitaram ao indivíduo atingir a vontade da outra parte sem a necessidade de se deslocar fisicamente.

Sensível ao fato, o Código Civil de 1916 não havia se preocupado com a presença corpórea dos contratantes para estabelecer a distinção. O art. 1.081⁵² era claro ao determinar que se considerava presente a pessoa que contratasse por meio do telefone. A disposição foi timidamente ampliada pelo legislador de 2002⁵³, que passou a considerar entre presentes também os contratos celebrados por meio de comunicação *semelhante ao telefone*⁵⁴.

Não há razão, a princípio, para que os profissionais do Direito se prostrem em estado de dúvida em relação aos vínculos contratuais celebrados em meio eletrônico. Estabelecer se um contrato é entre ausentes ou entre presentes significa responder se o meio de comunicação utilizado é ou não instantâneo.

Assim, os vínculos formalizados mediante videoconferência ou através de programas de bate-papo (como, por exemplo, o Messenger, da MSN) são entendidos como contratos entre presentes, eis que a troca de informações ocorre de imediato, de modo que proposta e aceitação podem ser desde logo expedidas.

Sob outro viés, a contratação realizada via correio eletrônico segue o regime dos contratos entre ausentes, por não haver comunicação instantânea entre os negociantes. Via de regra, a mensagem enviada não chega ao imediato conhecimento do destinatário – o que só ocorrerá quando este acessar à sua caixa postal.

A questão se torna complicada quando consideramos os contratos interativos, vínculos eletrônicos em que a vontade de uma das partes é preestabelecida por meio de um programa de computador. A forma mais comum

⁵² Art. 1.081. *Deixa de ser obrigatória a proposta:*

I – Se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por meio do telefone. (...) (grifamos)

⁵³ CC, art. 428. *Deixa de ser obrigatória a proposta:*

I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante. (...) (grifamos)

⁵⁴ A interpretação que parece ser a mais adequada a esse dispositivo é aquela que considera como “meio de comunicação semelhante ao telefone” todos aqueles através dos quais as partes podem conhecer *de imediato* a vontade da outra – ou, pela terminologia específica dos contratos, todos aqueles em que proponente e oblato podem manifestar, respectivamente, a proposta e o aceite.

dessa modalidade ocorre com a oferta permanente em uma página virtual, em que o contratante, tendo interesse no negócio, interage com a máquina, celebrando o contrato de maneira interativa. Entendemos que os vínculos desse molde devem ser reputados *entre presentes*, já que a negociação é “on-line”, e a transmissão das informações ocorre em “tempo real”⁵⁵. Além disso, apesar de a pessoa do ofertante não estar presente, a máquina, ao atuar, simplesmente manifesta a sua vontade, conforme autorização que outrora lhe fora conferida.

Se aceita por pessoa capaz, a proposta vincula o fornecedor em todos os seus termos. Em se tratando de relação de consumo, o consumidor pode invocar toda a proteção jurídica específica – inclusive em relação a eventuais vícios que o produto eventualmente apresentar⁵⁶.

De qualquer forma, conquanto as normas previstas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor possam ser aplicadas aos contratos celebrados em meio eletrônico, elas, por si sós, não são suficientes, pois ainda assim subsiste estado de incerteza.

Pense-se, por exemplo, que a mensagem eletrônica percorre um longo caminho até atingir o seu destinatário, e pode sofrer atrasos, adulterações, ou mesmo ser extraviada. Esses inconvenientes, como é salutar, tornam inoperantes muitas das disposições que acabamos de analisar.

⁵⁵ Terminologia comumente utilizada no meio informático, que significa “de imediato”.

⁵⁶ Veja-se, a respeito: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AQUISIÇÃO DE CÂMERA FOTOGRÁFICA DEFEITUOSA PELA INTERNET. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DO PRODUTO. ART. 18 DO CDC. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. 1. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE PASSIVA. A ré, na qualidade de mantenedora do meio eletrônico em que se consumou o contrato de compra e venda, é parte legítima para responder pelos termos da avença, mormente, no presente caso, em que figura como fornecedora do produto, consoante nota fiscal acostada aos autos. 2. Mérito. Responsabilidade objetiva por vício do produto. O artigo 18 do CDC estabelece a responsabilidade civil solidária dos fornecedores pelo vício do produto, de modo que o alienante responde pelos danos causados ao consumidor, independente de culpa, em virtude de defeito na qualidade no produto, que impossibilitou a fruição do bem adquirido. 3. Na casuística, restou incontroverso nos autos que a parte autora efetuou pedido pela Internet, realizando o pagamento e recebendo o produto fornecido pela ré em seu portal eletrônico. 4. Não diligenciando a requerida pela adequada prestação da obrigação contratual assumida, ao fornecer produto defeituoso e não prestar o devido auxílio aos adquirentes a fim de sanar o problema, cabível a condenação da ré a ressarcir aos autores o valor despendido com a câmera fotográfica, bem como a reparar os danos morais que lhes foram injustamente impingidos, tendo em vista a má prestação dos serviços disponibilizados na Internet, incidindo, na espécie, a regra do artigo 18 do CDC. (...)” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70016785453. 9.ª Câmara Cível. Relator: Des. Odone Sanguiné. 28 dez. 2006. Terra Networks Brasil S/A e Ângela Daniela dos Santos. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em: 15 mar. 2007.)

Provavelmente no intuito de minimizar esses inconvenientes, o Projeto de Lei n.º 1.589/1999 dispôs, no art. 7.º, que “os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento”. Essa medida simples, embora não constituísse solução definitiva para o problema, seria importante para evitar com que o ofertante se desobrigasse, por exemplo, mediante alegação de que não recebeu resposta em seus sistemas informáticos, por problemas técnicos.

Também o Projeto de Lei n.º 4.906/2001 ocupou-se da formação do contrato. Prescreveu, no art. 26, que a manifestação de vontade das partes nos contratos eletrônicos dar-se-á no momento em que o destinatário da oferta enviar documento manifestando, de maneira inequívoca, a aceitação das condições nela consignadas. E, considerando os casos em que a vontade de uma das partes é preestabelecida por meio de programas de computador, foi explícito, no § 1.º, em prescrever que “a proposta de contrato por meio eletrônico obriga o proponente quando enviada por ele próprio ou por sistema de informação por ele programado para operar automaticamente”.

Vê-se desse modo que, embora o Código Civil tenha adotado a *subteoria da expedição*, os Projetos de Lei que trataram dos contratos eletrônicos, em nosso meio, adotaram a *subteoria da recepção*.

Por fim, não poderíamos deixar de ressaltar que a oferta veiculada em instrumento de comunicação virtual não pode sofrer, quando lícito o seu objeto, qualquer espécie de restrição por parte do Estado. Isso porque, do contrário, estaríamos diante de flagrante cerceamento ao livre exercício da atividade mercantil – o que, dentre nós, é direito assegurado pela Constituição Federal⁵⁷. No mesmo sentido foi a previsão do art. 25 do Projeto de Lei n.º 4.906/2001, ao dispor

⁵⁷ Há, todavia, uma faceta ruim na ampliação de possibilidades de oferta eletrônica, na medida em que ocorreu, por exemplo, uma proliferação de mensagens indesejadas nas caixas postais dos usuários de correio eletrônico – os famosos “spams”. Nesse sentido, conforme percutientemente observa EURÍPEDES BRITO CUNHA JÚNIOR, “Não se diga que o ‘spam’ equivale às malas-diretas tradicionais que recebemos em nossas casas ou escritórios, porque estas custam para o marqueteiro infinitamente mais do que o ‘spam’ que loa as caixas de entrada de nossos correios eletrônicos. Aquelas malas-diretas custam o papel, a impressão e a postagem; esta custa quase nada... Muito dificilmente alguém receberia malas-diretas em mesma quantidade e frequência com que se recebe ‘spams’”. (In: **Os Contratos Eletrônicos e o Novo Código Civil**. Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 62-77, out./dez. 2002. p. 67).

que “a oferta de bens, serviços e informações não está sujeita a qualquer tipo de autorização prévia pelo simples fato de ser realizada por meio eletrônico”.

Passaremos, agora, à análise das questões relativas ao lugar de formação do contrato.

2.2.5 Do lugar do contrato

A problemática relativa ao lugar da formação oferece subsídio para a determinação da competência, da lei aplicável, do caráter nacional ou internacional do vínculo, e para interpretá-lo conforme os usos e costumes do lugar. Trata-se de assunto de grande relevância para os contratos internacionais, a fim de precisar qual a legislação aplicável no caso de controvérsia.

O art. 435 do Código Civil⁵⁸ cuida do assunto – e determina que o lugar que se reputa celebrado é aquele em que o contrato foi proposto.

Na lição de ORLANDO GOMES,

O contrato entre pessoas presentes forma-se onde elas se encontram. O que se realiza entre pessoas distantes uma da outra, no lugar em que foi proposto. (...) A regra aplica-se tanto aos contratos que se formalizam através de ‘correspondência’ epistolar ou telegráfica, considerados, segundo a terminologia clássica, ‘contratos entre ausentes’, como os contratos ‘por telefone’, tidos, por ficção legal, como ‘contratos entre presentes’.⁵⁹

A princípio, o dispositivo não deveria apresentar nenhuma incompatibilidade com os contratos eletrônicos. Todavia, como esse meio é capaz de ocultar a identidade e o local em que se situam os interlocutores, possibilitando uma vasta possibilidade de fraudes, a aplicação prática dessa disposição pode, por vezes, mostrar-se um tanto quanto complicada.

O problema se torna maior no caso dos contratos interativos, celebrados através de páginas virtuais na Internet, nos quais o ofertante pode estar em um lugar, o domínio do site em outro, o servidor ou endereço físico em outro, e, por fim, o cliente ou usuário em uma quarta localidade. Nesse caso, ganha importância a fixação de critérios legais para a determinação de onde deve ser reputado proposto o contrato.

⁵⁸ CC, art. 435. *Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.*

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 69.

A lei modelo da UNCITRAL prescreve como lugar de conclusão do contrato aquele em que o destinatário tem sua sede principal, independentemente da localização do seu sistema de informática. O art. 15 dispõe que a mensagem eletrônica será considerada expedida no local em que estiver situado o estabelecimento do remetente, e recebida no local em que o destinatário tenha o seu. Na ausência de qualquer destes, será considerado estabelecimento principal aquele em que o contraente tiver fixado residência.

Desse modo, a lei modelo acaba por desconsiderar o endereço do site e o endereço físico do servidor, para validar apenas o local do domicílio ou estabelecimento das partes.

No entanto, essa disposição, corrente no meio empresarial, opõe-se àquela existente nos contratos de consumo – que, no intuito de proteger a parte mais fraca, valorizam o domicílio do consumidor (no caso, o aceitante) como lugar de celebração. Dessa forma, na hipótese de aceitação de proposta feita no exterior, o contrato considerar-se-ia formado no Brasil, a fim de resguardar os interesses daquele que contratou o produto ou o serviço. Por consequência, seriam desconsiderados os locais em que se encontra o servidor e o provedor de hospedagem, ou mesmo o país em que foi registrado o domínio da página virtual do proponente.

A respeito do lugar de formação do contrato, SHEILA LEAL observa:

Uma das soluções apontadas para o problema é a aplicação do disposto no artigo 15 da Lei Modelo da Uncitral. De acordo com este dispositivo, uma declaração eletrônica será considerada expedida e recebida no local onde o remetente e o destinatário, respectivamente, tenham seu estabelecimento. Assim, não se leva em consideração nem o endereço do 'website', nem o endereço físico do servidor, mas o local do domicílio ou estabelecimento das partes.⁶⁰

SILVÂNIO COVAS também se ocupa do estudo do tema, e enuncia:

O foro competente para dirimir eventuais conflitos resultantes de contratos elaborados por meios eletrônicos deve observar as mesmas regras para equacionar os "conflitos de leis" oriundos de conflitos de jurisdição entre Estados diferentes, quando for o caso. De qualquer forma, recomenda-se que a contratação no *ciberespaço* preveja o foro de eleição, evitando-se com isso eventual disputa. Entretanto, em caso de silêncio do contrato, a definição deverá levar em conta os seguintes fatores: a) o lugar da contratação; b) o lugar em que o contrato foi negociado; c) o lugar da

⁶⁰ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos, *Op. cit.*, p. 117-118.

execução; d) o domicílio, a nacionalidade, lugar da sede dos negócios das partes.⁶¹

Não se pode olvidar a possibilidade que têm as partes de convencionar cláusula mediante a qual fixam foro para eventual apreciação judicial do contrato, a fim de evitar discussões intermináveis acerca de competência. Essas cláusulas não serão válidas somente se fruto da imposição oriunda do abuso de posição dominante, ou se ofensivas ao direito de acesso à justiça.

De qualquer modo, em caso de controvérsia sobre a competência para dirimir eventuais conflitos, não haverá outra saída senão buscar o equacionamento de leis segundo as prescrições do Direito Internacional Privado.

2.3 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

A extinção do contrato ocorre ordinariamente pelo cumprimento voluntário daquilo o que as partes convencionaram. Porém, há casos em que os efeitos da relação subsistem, ante a ausência de cumprimento – ainda que parcial – dos dispositivos negociais.

A extinção anormal pode decorrer de causas anteriores ou concomitantes à formação do contrato, como no caso da existência de vício de consentimento que contamine a manifestação de vontade, ou ainda de causas posteriores, como no caso da resolução e da rescisão.

Sob outra perspectiva, o contrato pode ser extinto por fatores não imputáveis às partes, como no caso do falecimento do devedor de obrigação personalíssima, ou na hipótese de caso fortuito ou força maior – casos em que descabe indenização por perdas e danos.

A primeira das causas posteriores de extinção do contrato é a *resolução*. Cuida-se do rompimento do vínculo negocial em virtude da inexecução das obrigações pactuadas, e resulta do inadimplemento, que pode decorrer tanto de fatores imputáveis quanto de fatores não imputáveis às partes.

O inadimplemento não pode ser confundido com a mora, que se caracteriza pelo retardo no cumprimento da obrigação. A parte que se encontra em

⁶¹ COVAS, Silvânio. **O contrato no ambiente virtual**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n. 5, p. 100-122, mai./ago. 1999. p. 111.

mora pode purgá-la, como, por exemplo, pelo pagamento do devido com acréscimo de indenização (os juros moratórios).

Nos contratos em que se verifica a existência de obrigações recíprocas é possível a resolução quando uma das partes se torna inadimplente, por força do disposto no art. 475⁶² do Código Civil. Ela pode ser constrangida ao custeio de indenização por perdas e danos, que abrange tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes.

A *resilição* é o rompimento do vínculo negocial por vontade de uma ou de ambas as partes contratantes. Pode se dar por *denúncia*, que é extinção por força da manifestação de vontade de um dos contratantes, ou por *distrato*, o comum acordo no intuito de extinguir o vínculo. Este modo de extinção só adquire relevância se o contrato ainda não tiver sido executado, ou se não houver expirado o prazo de sua vigência – pois, de outro modo, não surtiria nenhum efeito prático.

Rescisão é o rompimento do vínculo negocial em decorrência da ineficácia do negócio jurídico, via de regra decorrente de lesão.

Por fim, *cessação* é a extinção decorrente da morte do devedor naqueles contratos em que se verifica obrigação “*intuitu personae*”. Em regra, a superveniência de morte de um dos contratantes não enseja desconstituição do contrato, vez que as obrigações se transmitem aos herdeiros. Isso não ocorre, no entanto, em se tratando de obrigação personalíssima, já que somente a pessoa do devedor poderia adimpli-la.

Todas as formas de extinção mencionadas são compatíveis aos contratos celebrados em meio eletrônico.

⁶² CC, art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

3 DOS CONTRATOS CELEBRADOS EM MEIO ELETRÔNICO

Conforme adiantamos, não há obstáculos, em nosso ordenamento, para a celebração de vínculos contratuais em ambiente eletrônico. Isso porque, embora o Código Civil não tenha dedicado uma seção para o tratamento dessa modalidade, também não a vedou, de modo que pode ser utilizada em praticamente todos os tipos de contratação. Como soa intuitivo, somente não podem ser utilizados naqueles casos em que o meio eletrônico é incompatível com a forma ou solenidade exigida pela lei, em certos negócios jurídicos.

A propósito:

Até o momento, na falta de legislação específica que regule os contratos eletrônicos, estes se incluem na categoria de contratos atípicos e de forma livre, não obstante o seu conteúdo poder estar disciplinado em lei, como, por exemplo, a compra e venda, locação, ou outro contrato qualquer celebrado em meio virtual.⁶³

Nesse mesmo sentido, a Lei Modelo da UNCITRAL, no seu art. 11, prescreveu que, salvo se as partes deliberarem em contrário, oferta e aceitação podem ser manifestadas por meio de mensagens eletrônicas, de modo que não será negada validade ou eficácia ao contrato pelo simples fato de se utilizar do meio eletrônico para sua formação.

Não poderia ser diferente. Com efeito, a estrutura dos vínculos contratuais celebrados em meio eletrônico é similar à dos tradicionais. A diferença substancial diz respeito ao meio utilizado, já que, via de regra, os contratos de que aqui tratamos existem tão somente em meio magnético, e não deixam registro tangível de sua existência. Essa é a principal razão pela qual, aliás, algumas das concepções tradicionais não se ajustam perfeitamente a eles.

Por se tratar de assunto novo, não há consenso quanto à definição e à nomenclatura do contrato celebrado em meio eletrônico. Há quem entenda, por exemplo, que a expressão “contrato eletrônico”, tal como viemos usando ao longo deste trabalho, é inadequada.

É sobre o que passaremos a tratar, no tópico subsequente.

⁶³ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op. cit.*, p. 82.

3.1 DA DEFINIÇÃO E DA NOMENCLATURA

Não há definição, em nosso ordenamento, do que seja o contrato eletrônico. Também não os definiram os Projetos de Lei n.º 1.589/1999 e 4.906/2001.

Deixaram a tarefa ao encargo da doutrina – no que, segundo parece, andaram bem.

Para COELHO, “o contrato eletrônico é celebrado por meio de transmissão eletrônica de dados”⁶⁴. “A manifestação de vontade dos contratantes (oferta e aceitação) não se veicula nem oralmente, nem por documento escrito, mas pelo registro em meio virtual (isto é, despapelizado)”.⁶⁵

Segundo LORENZETTI,

O contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial.⁶⁶ (...) Uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um ‘contrato eletrônico’.⁶⁷

Para SHEILA LEAL,

[...] os contratos obrigam os contratantes qualquer que seja a forma em que tenham sido celebrados, exceto aqueles para os quais a lei exige forma especial. Eletrônico é o meio utilizado pelas partes para formalizar o contrato. Assim, pode-se entender por contrato eletrônico aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes.⁶⁸

MARTINS, embora em referência específica aos contratos eletrônicos de consumo, traz expressiva conceituação, que transcrevemos:

Embora os contratos de consumo eletrônicos se ressintam da falta de uma definição, seja legal, seja jurisprudencial, suas características fundamentais se referem ao meio da oferta, formulada através de uma rede internacional de telecomunicações, de modo audiovisual – colocando à disposição do público sinais, escritos, imagens ou mensagens –, e à interatividade entre profissional e cliente, cuja

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 37.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 285.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 287.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 79.

aceitação se expressa pelo mesmo meio, seja em tempo real, seja por meio do correio eletrônico (e-mail).⁶⁹

BARBAGALO entende que

A distinção entre contrato eletrônico e contratos tradicionais está no meio utilizado para a manifestação das vontades e na instrumentalidade do contrato – o que assegura aos contratos eletrônicos características peculiares – definimos como contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguirem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si.⁷⁰

Por fim, a lição de WIELEWICKI:

Ainda que sucintamente, os contratos eletrônicos podem ser definidos como instrumentos obrigacionais de veiculação digital. São todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos.⁷¹

Conforme se observa dos excertos colacionados, a doutrina se inclina a tratá-los simplesmente pela designação “contratos eletrônicos”. Foi a terminologia adotada pelos projetos de lei que tramitaram perante nossas casas legislativas, e é essa, também, a denominação que viemos utilizando, de forma mais ou menos freqüente, ao longo deste trabalho.

No entanto, não podemos olvidar que a expressão “contrato eletrônico” refere-se à categoria que distingue os contratos em relação ao *meio* no qual a declaração de vontade é veiculada. Por esse mesmo critério de classificação, temos os contratos verbais, e os papelizados⁷².

Nesse contexto, a *forma* eletrônica é gênero que comporta várias “*subformas*”. Isso fica evidente quando observamos a nítida diferença que existe

⁶⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via internet: problemas relativos à sua formação e execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 776, p. 92-108, jun. 2000. p. 96.

⁷⁰ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de redes de computadores. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 37.

⁷¹ WIELEWICKI, Luis. Contratos e Internet – Contornos de uma Breve Análise. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da. WAISBERG, Ivo. (Org.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 191-209. p. 198.

⁷² Não nos referimos a “contratos escritos” porque a expressão abarcaria tanto os eletrônicos quanto os em papel.

entre um contrato celebrado mediante videoconferência e outro celebrado por “e-mail” – os dois, “contratos eletrônicos”.

No caso dos papelizados, a mesma diferença se colocaria, por exemplo, entre um contrato de empreitada e outro de compra e venda, ou entre um de transporte e outro de doação: apesar da evidente diferença entre eles, tanto um quanto outro pertencem ao gênero “contratos papelizados”.

Com efeito, a expressão “contratos eletrônicos”, isoladamente considerada, é genérica, e muito pouco diz em relação à espécie de negócio jurídico que o contrato pretende instrumentalizar. O contrato eletrônico pode ser de compra e venda, de corretagem, de transporte, de seguro, dentre outros, e o fato de ser veiculado em ambiente virtual em nada prejudica o regramento que eventualmente lhe foi dado pela legislação.

SILVÂNIO COVAS, ao descartar nomenclaturas como “contratos por computador”, “contratos eletrônicos” e “contratos *on-line*”, optou pelo título “contratação por meio da informática”. Isso porque, segundo ele,

Trata-se de analisar contratos usuais no meio jurídico, que são aperfeiçoados mediante o concurso da informática. Dessa forma, se apresenta imprópria a denominação de contratos eletrônicos, pois o contrato pode ser de compra e venda, de prestação de serviço, de cessão de uso, etc., e o fato de serem realizados por meio eletrônico não lhes retiram as características que lhes dão nome e classificação. Igualmente não se pode falar em contratos por computador, pois o ‘hardware’ simplesmente dá base para operacionalizar o ‘software’, sendo que este, sim, vai oferecer o ambiente para o aperfeiçoamento do contrato. De qualquer forma, ambos, o hardware e software integram o conceito mais amplo de informática. Abandona-se, por fim, a opção por contratos ‘on-line’, pois a informática também permite a contratação ‘off-line’, sem contudo deixar de ser um método informatizado para a realização do contrato.⁷³

Assim, seguindo o raciocínio do autor, parece conveniente, sempre que possível, especificar qual é o tipo de contrato eletrônico do qual estamos tratando, mediante a utilização de expressões como “contrato eletrônico de compra e venda”, “contrato eletrônico de locação”, “contrato eletrônico de seguro”, de forma a melhor explicitar o negócio jurídico que está sendo realizado.

Por outro lado, não nos parece adequado restringir o conceito aos vínculos formalizados pela transmissão de dados via Internet – tal como o faz LUIS

⁷³ COVAS, Silvânio. **O contrato no ambiente virtual: contratação por meio da informática**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n. 5, p. 100-122, mai./ago. 1999. p. 102.

WIELEWICKI, por exemplo. A rede mundial de computadores é um dos meios através dos quais pode haver a formalização de vínculos contratuais eletrônicos, mas não o único. Como temos insistido, para que se perfaçam, é suficiente que haja transmissão eletrônica de dados, e isso pode se dar por outras vias – como, por exemplo, pela utilização de redes internas.

Postas essas premissas, podemos concluir que os contratos eletrônicos são aqueles celebrados à distância, sem contato físico entre as partes, em que a manifestação de vontade é transmitida por meio de aparelho eletrônico, normalmente computador. Proporcionam maior comodidade na efetivação dos negócios e conferem maior celeridade às negociações, permitindo a redução de custos administrativos e operacionais.

Superada a questão conceitual e terminológica, passaremos à análise das características e dos elementos de validade dessa modalidade contratual.

3.2 DAS CARACTERÍSTICAS E DOS REQUISITOS DE VALIDADE

Conforme vimos, a diferença mais expressiva entre o contrato tradicional e o eletrônico diz respeito ao meio utilizado para a contratação.

Os contratos celebrados em ambiente eletrônico são bilaterais na sua maioria, mas também podem ser plurilaterais, ou até mesmo unilaterais. Têm como regra a liberdade de forma, e podem tanto ser utilizados nos negócios jurídicos celebrados com o Estado como naqueles em que somente particulares figuram como parte. Podem ser nacionais ou internacionais, discutidos ou por adesão. A execução pode se dar integralmente no meio digital, como na hipótese de entrega de um “*software*” via “*download*”, ou apenas parcialmente – quando, por exemplo, em um contrato eletrônico de compra e venda, há remessa de um bem físico pelo correio.

Devem conter os elementos de validade de qualquer contrato, sob pena de o negócio jurídico ser considerado nulo ou anulável. Assim, é obrigatório que representem o encontro de vontades de duas ou mais pessoas civilmente capazes, sem a mácula de qualquer vício de consentimento. O objeto da contratação necessita ter conteúdo econômico, deve ser possível, física e juridicamente, e deve ser determinado ou determinável.

Contudo, a observância desses requisitos por vezes não é tão simples, e desperta uma série de particularidades jurídicas – que, adiante, serão objeto de estudo pormenorizado.

3.2.1 Da identificação e da capacidade das partes

O tratamento dado às partes nos contratos eletrônicos não é diferente daquele que lhes seria dispensado se a celebração tivesse ocorrido em meio físico.

A problemática da identificação das partes, porém, assume grande importância nas operações realizadas em ambiente eletrônico, especialmente porque este apresenta grande capacidade de mediação, e pode ocultar, ofuscar ou até mesmo dissolver a figura de quem o utiliza.

Não olvidemos que é nota característica da contratação eletrônica o fato de as partes não estarem fisicamente presentes. Por essa razão, pode ocorrer, por exemplo, de aparelhos trocarem informações sem estarem sendo operados, efetivamente, pelo subscritor formal do vínculo. Isso quer dizer, em termos mais simples, que um computador pode ser usado por alguém que não é quem efetivamente declara ser.

Não é incomum que crianças acessem ao conteúdo de sites com conteúdo pornográfico, informando positivamente quando lhes é perguntado se são maiores de idade. Algo semelhante pode ocorrer nos “chats”⁷⁴, quando um dos interlocutores envia foto de pessoa mais bonita, passando-se por ela, no intuito de impressionar o outro. São exemplos simplórios, mas que ilustram com precisão o fato de que uma pessoa pode se passar por outra quando utiliza um computador.

Sob outra perspectiva, como as restrições legais não se desnaturam pelo simples fato de a operação ser realizada em ambiente eletrônico, a validade do contrato depende de que tenha sido realizado por agente capaz.

Menores de dezesseis anos, sob a ótica jurídica pátria, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Estão impossibilitados de, por si sós, realizar os atos típicos da vida negocial. Na mesma situação se enquadram os civilmente interditados, ou os sujeitos a outras medidas restritivas.

⁷⁴ Páginas virtuais de bate-papo.

O contrato celebrado pelo incapaz, seja no meio tradicional, seja no ambiente eletrônico, pode ser declarado nulo (CC, art. 166, I)⁷⁵, ou ser anulado (CC, art. 171, I)⁷⁶. No entanto, é de conhecimento geral que crianças e adolescentes têm grande facilidade na operação de computadores, e podem, em ambiente eletrônico, realizar contratos para a aquisição de bens e serviços. É muito comum, aliás, que adquiram, pela Internet, CDs, livros e equipamentos eletrônicos.

Existe uma grande tendência de se reputar válidos os vínculos negociais estabelecidos por adolescentes, especialmente aqueles cotidianos, de pequeno valor, que dificilmente têm sua validade questionada por qualquer das partes. E assim deve ser, pois, do contrário, teríamos que exigir a presença do representante legal do incapaz caso este desejasse tomar um ônibus ou comprar um lanche no comércio da esquina, por exemplo – o que seria um evidente absurdo.

Porém, por pertinente, vale a ressalva feita por CARVALHO, citada por SHEILA LEAL:

(...) Deve-se ressaltar que, não obstante a grande parte dos atos cotidianos praticados por crianças e adolescentes acabe por não ter a sua validade questionada, isto não significa que eles não possam ter a sua nulidade declarada. Caso o menor conclua um contrato sem ter a autorização de seus pais para tanto e estes resolvam pleitear judicialmente a declaração da nulidade do ato praticado, deverá o magistrado aplicar a lei e declarar o ato nulo. Em face dessas considerações, pergunta-se se certos contratos eletrônicos celebrados via *Internet* por menores de 16 anos poderiam ser tolerados pela jurisprudência como atos cotidianos. Para responder esta questão, deve ser lembrado, antes de tudo, que as declarações de vontade cotidianas são apenas excepcionalmente consideradas válidas. Trata-se, na verdade, de uma "validade fática", aceita por razões metajurídicas e pelo fato de que os atos são, em sua grande maioria, tão irrelevantes que raramente constituem objeto de um litígio judicial (por exemplo, compra de pão ou chocolate). Caso, todavia, o ato cotidiano praticado por um jovem absolutamente incapaz se torne objeto de disputa nos tribunais, o juiz deverá, na verdade, aplicar a lei e declarar a sua nulidade. Somente excepcionalmente poderá um ato desta espécie, dado o seu valor econômico irrelevante, ser considerado válido.⁷⁷

⁷⁵ CC, art. 166. *É nulo o negócio jurídico quando:*

I – *celebrado por pessoa absolutamente incapaz;* (...)

⁷⁶ CC, art. 171. *Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:*

I – *por incapacidade relativa do agente;* (...)

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 132-133.

Do excerto, conclui-se que, se questionada, a declaração de vontade do incapaz não assistido ou não representado não surtirá os efeitos jurídicos que lhe seriam esperados.

Outro é o caminho quando o menor, entre dezesseis e dezoito anos, oculta sua idade e se faz passar por pessoa maior. Nesse caso, conforme preceitua o art. 180 do Código Civil⁷⁸, não poderá invocar a menoridade para se escusar do cumprimento das obrigações que assumiu se dolosamente omitiu sua idade quando inquirido pela outra parte, ou se, no momento da celebração do negócio, declarou-se maior. Assim, caso o relativamente incapaz informe dados falsos sobre sua idade e consiga finalizar uma compra pela Internet, terá que assumir a obrigação que contraiu.

Por isso, entendemos que constituiria boa medida de proteção ao interesse dos fornecedores a solicitação da idade do contratante, além, é claro, do aviso expresso de que não são realizados contratos com menores de idade.

Dessa forma, à guisa de conclusão, percebe-se que a perfeita identificação das partes, embora muitas vezes passe despercebida nos vínculos tradicionais, assume grande importância nos contratos eletrônicos, e gera reflexos para os casos de inadimplemento contratual e responsabilidade civil.

Não podemos olvidar que, apesar de revelarem aparente simplicidade, os contratos celebrados em ambiente eletrônico apresentam relativa complexidade jurídica, principalmente quando consideramos que alguns dos meios de pagamento comuns nesse meio, como cartão de crédito e autorização para débito em conta corrente, são potencialmente lesivos se manejados com finalidade ilícita. Os problemas relacionados a esse tema, em nosso sentir, podem ser resolvidos mediante a utilização de tecnologias eletrônicas de segurança – tópico sobre o qual nos debruçaremos adiante, no tópico relativo aos documentos eletrônicos.

Todavia, por vezes não é suficiente identificar a parte de quem nominalmente proveio a declaração de vontade. É o que passaremos a analisar.

3.2.2 Da problemática relativa à imputabilidade

⁷⁸ CC, art. 180. *O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.*

A identificação das partes, como visto, é de extrema importância para o aperfeiçoamento do encontro de vontades em meio eletrônico. Mas verificou-se que, isoladamente considerada, é insuficiente.

Isso porque, ainda que identificado o computador do qual proveio a declaração de vontade, vários argumentos são possíveis no intuito de afastar eventual responsabilização. Pode-se alegar, por exemplo, que a declaração de vontade não obedeceu às instruções do seu dono, que ocorreu interceptação ilegal, que foi terceiro quem dolosamente enviou a mensagem em nome de outrem, dentre outras.

Conforme preceitua de NEWTON DE LUCCA,

Mesmo com a identificação do terminal, não se resolve a questão, pois este pode ser de outra pessoa que não aquela que efetuou a operação. Uma senha ou um código secreto servem para identificar o usuário credenciado junto ao provedor, mas não a própria pessoa que tenha efetuado a operação.⁷⁹

Porém, apesar das inúmeras discussões que surgem em torno do assunto, não podemos olvidar que o meio eletrônico é apenas o instrumento material da celebração do contrato – e que, ainda que o computador esteja programado para atuar por si próprio, não se trata de sujeito independente.

A Lei Modelo da UNCITRAL, na tentativa de resolver esses inconvenientes, prescreveu, no art. 13, que se considera uma mensagem enviada pelo remetente quando remetida por ele próprio, por pessoa autorizada a agir em seu nome, ou por sistema de informação programado para operar automaticamente.

No mesmo sentido, LORENZETTI propõe regra geral: “aquele que utiliza o meio eletrônico e cria uma aparência de que este pertence a sua esfera de interesses, arca com os riscos e os ônus de demonstrar o contrário”⁸⁰.

Adiante, explica:

A estrutura dessa regra obedece à necessidade de configurar comportamentos de cooperação eficientes, uma vez que quem opta por transacionar no meio eletrônico deve estar racionalmente orientado a

⁷⁹ LUCCA, Newton de. **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 59.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 293.

utilizar o mais seguro e a prevenir-se contra terceiros mal-intencionados; não pode pretender que esse ônus seja suportado pelo destinatário, para quem seria muito mais oneroso.⁸¹

Assim, no caso de um computador programado para atuar por si próprio, transmitindo oferta ou recebendo aceitação, o usuário, ao instalar o programa, cria a aparência jurídica de que responderá pelas ações da máquina. Por isso, a declaração de vontade será a ele imputada.

Singelo exemplo é o dos já mencionados “contratos interativos”, aqueles em que a vontade de uma das partes é materializada pela oferta permanente em uma página na Internet, e que o usuário, após interagir com a máquina, manifesta aceitação ao pressionar em ícone com a inscrição “aceito” ou equivalente. Como vimos, apesar de não haver pessoa física presente, a máquina manifesta a vontade conforme autorização que o ofertante lhe conferiu – motivo pelo qual a declaração de vontade deve a ele ser imputada.

Outra hipótese que poderíamos cogitar, apesar de menos corriqueira, é a do programa de computador de um representante de vendas que fizesse o levantamento dos estoques e formulasse, automaticamente, um pedido de mercadorias aos fornecedores, a fim de recompô-los. Aqui, assim como no exemplo anterior, a voluntariedade do agente teria se manifestado no momento da instalação do programa, não no do pedido isoladamente considerado.

De todo modo, especialmente nos negócios jurídicos que se perfazem pela troca de mensagens eletrônicas, é necessário que o caminho esteja sempre aberto para eventual prova em contrário, o que significa permitir ao suposto emissor, quando for o caso, a comprovação de que a mensagem não era de sua autoria.

O destinatário deve, também, observar os deveres de diligência média e de auto-instrução, e não pode atribuir autoria ao emissor com base em meras conjecturas, especialmente nos casos em que o suposto autor a negue.

Em caso de controvérsia, será relevante investigar se houve negociações anteriores semelhantes. Isso porque, se existentes, robustece-se a presunção de imputabilidade, e recairá sobre o suscitante o ônus de produzir prova de que houve falha do computador, ou interferência de terceiro.

⁸¹ *Ibid.*, p. 293-294.

3.2.3 O consentimento no meio eletrônico

Conforme vimos, o encontro de vontades das partes é requisito fundamental à constituição do negócio jurídico. Nos contratos celebrados em ambiente eletrônico, ele se perfaz por meio da troca de mensagens eletrônicas.

No sistema brasileiro, desde que o programa de computador revele a inequívoca intenção de contratar, o contrato será considerado válido, por força do princípio da livre manifestação da vontade negocial. A lei só exige a observância de forma para alguns atos, de maneira episódica. No mais, valem as regras por nós conhecidas em relação ao meio tradicional: a declaração de vontade em meio eletrônico deve ser livre e consciente. Pressupõe, também, informação sobre todos os detalhes e riscos que envolvem o contrato, em especial os de consumo. Veja-se que, nesse meio, o consumidor não dispõe de contato direto com o fornecedor, tampouco com os bens e serviços postos à venda.

Provavelmente foi essa a razão que motivou o legislador brasileiro a prescrever, no art. 4.º do Projeto de Lei n.º 1.589/99, a exigência de que a oferta deve conter informações claras e inequívocas sobre o nome e o endereço físico do estabelecimento, a forma pela qual é possível contatar o ofertante, instruções sobre o modo de arquivamento do contrato – bem como para sua recuperação, em caso de necessidade –, os sistemas de segurança adotados pelo ofertante, dentre outros.

Em outras palavras, as páginas virtuais devem conter imagens e informações inequívocas e de fácil visualização sobre o produto ou serviço ofertado – principalmente sobre os riscos que apresenta, a forma de funcionamento, os meios e as condições de pagamento.

Não nos parece exagero, também, exigir que ofertante estrangeiro que realiza a entrega do produto ou a prestação do serviço no Brasil disponibilize os termos e as condições do negócio jurídico em vernáculo, a fim de facilitar a compreensão do contratante que aqui reside.

Nas palavras de SHEILA LEAL,

A manifestação de vontade em meio eletrônico deve ser livre e consciente, como se dá em relação aos contratos de um modo geral. Para tanto, não basta que o consentimento esteja livre dos vícios do erro, do

dolo e da coação, mas pressupõe informação completa sobre todos os detalhes e riscos que envolvem a contratação eletrônica.⁸²

Por fim, conforme mencionaremos em outro momento deste trabalho, é tendência geral das legislações restringirem os efeitos dos contratos aos atos que requerem forma especial, aos personalíssimos, e aos relativos ao Direito de Família. Porém, acreditamos que tais limitações podem ser superadas no momento em que a tecnologia possibilitar ao suporte eletrônico oferecer um grau indiscutível e segurança, ou que permitir suprir a necessidade de comparecimento pessoal da parte⁸³.

3.2.4 Do objeto do contrato eletrônico

Assim como nos vínculos tradicionais, podem constituir objeto dos contratos celebrados em ambiente eletrônico todos os bens materiais ou imateriais lícitos e possíveis⁸⁴, inclusive a prestação de serviços.

A licitude deve ser compreendida em sentido amplo, o que significa que o contrato deve guardar conformidade com a lei, com a moral e com os bons costumes.

O objeto deve ser determinado ou determinável. Nesse último caso, é indicado de forma genérica no início da relação e determinado em momento posterior, mediante ato de escolha da parte respectiva.

Especificamente sobre a contratação via Internet, SHEILA LEAL observa:

Na rede mundial de computadores, não apenas os produtos palpáveis, corpóreos, podem ser objeto do contrato, como também os produtos imateriais, dentre os quais se inclui a informação. No meio virtual, a corrida em busca de informação transforma-a em produto de relação de consumo. As empresas que atuam na 'Internet' têm interesse na obtenção de informações sobre os dados pessoais dos usuários (consumidores) para direcionar seus produtos e serviços e, deste modo, incrementar as informações 'on line'.⁸⁵

⁸² *Op. cit.*, p. 137.

⁸³ A questão relativa aos instrumentos de segurança utilizados no ambiente eletrônico será abordada em tópico específico.

⁸⁴ Aqui deve ser considerada não somente a possibilidade física, mas também a possibilidade jurídica.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 140.

Desse modo, a despeito das considerações da autora mencionada, o trato jurídico do objeto, nos contratos eletrônicos, é semelhante àquele que se dispensa aos tradicionais. Não existe diferença. Tanto é que contratos que normalmente se perfazem pela via eletrônica, como os relativos à prestação de serviços de correio eletrônico (*"e-mail"*), hospedagem e manutenção de páginas virtuais, transferência de arquivos (*"download"* e *"upload"*), por exemplo, poderiam, sem nenhum problema, assumir a forma tradicional. E a recíproca – salvo alguns casos excepcionais, como vimos – também é verdadeira.

3.3 DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

A noção de documento incorporada no nosso sistema jurídico remonta à idéia de informação impressa, cuja base física é o papel.

No entanto, apesar da sua inegável importância durante o transcorrer dos séculos, há muito tempo são buscadas alternativas para o documento papelizado. Ele apresenta alguns inconvenientes, tais como a pouca durabilidade, a baixa resistência à ação de intempéries e de sinistros, requer muito espaço físico para armazenamento. Não raro, também, o acesso à informação é difícil, especialmente quando armazenada em grande quantidade.

A digitalização de impressos e a microfilmagem foram exemplos de evoluções tecnológicas desenvolvidas no sentido de substituí-lo, ainda que de forma parcial⁸⁶.

Foi a microinformática quem trouxe alternativas mais eficazes para o gerenciamento de dados. O ambiente eletrônico rompeu a relação siamesa que existia entre o suporte e a mensagem nele veiculada, de modo a tornar possível o armazenamento de grande quantidade de informação em pequeno espaço físico, bem como o transporte com grande dinamicidade.

A esse respeito:

À medida em que o computador transforma informações em dados binários e os arquiva em meio magnético ou ótico, utiliza para suporte um meio específico e diferente que, nem por isso, deixa de conter uma

⁸⁶ Veja-se que essas alternativas são limitadas, por não dispensarem o papel na fase de emissão do documento, mas tão somente permitirem o armazenamento mais eficiente da cópia eletrônica.

mensagem de possível valor jurídico. (...). A doutrina acerca do tema tem entendido que o documento eletrônico, isto é, o documento gerado sobre uma plataforma não física, ainda que substancialmente diferente quanto à base sobre a qual os dados estão registrados, possui para todos os efeitos jurídicos o mesmo valor probante dos demais documentos gerados na forma tradicional.⁸⁷

Os vínculos negociais também puderam ser documentados na forma eletrônica. Porém, como é intuitivo, sua validade se encontra atrelada, em grande medida, àquela que se dispensa aos documentos eletrônicos – os materializadores do vínculo. Isso porque os problemas mais comuns no meio virtual não dizem respeito propriamente à declaração de vontade, mas ao assentamento, ao registro da mesma. Não seria exagero sustentar que não é possível o aperfeiçoamento das relações negociais nesse ambiente se não houver segurança jurídica no instrumento resultante desse avanço.

Postas essas aligeiradas considerações, passaremos a nos dedicar, nas páginas que seguem, ao estudo de questões pontuais relacionadas ao tema dos documentos eletrônicos, associando-os aos contratos eletrônicos.

3.3.1 Da integridade da mensagem

No mundo físico, a reprodução não autorizada e a adulteração de documentos pode tipificar conduta criminosa. No entanto, normalmente é possível a detecção de rastros, tais como borrões, rasuras, diferenças tipográficas, de grafia, de qualidade do papel, dentre outros. Nesses casos, é possível a realização de exames de autenticidade – como perícia grafotécnica, por exemplo.

Em meio eletrônico, a questão é pouco mais tormentosa. A simples comparação estática não é suficiente, pois é possível gerar cópias idênticas ao original⁸⁸. Por esse motivo, a investigação de autenticidade não deve se restringir aos elementos extrínsecos apresentados pelo documento: deve ir mais longe, através do uso de processos comparativos dinâmicos, com a averiguação de elementos intrínsecos.

O tema da integridade da mensagem é relevante tanto no mundo físico quanto no digital – mas, neste último, adquire maior importância. De nada

⁸⁷ DIAS, Jean Carlos. **O direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 82-83.

⁸⁸ Por essa razão, podemos até mesmo dizer que, a rigor, não seria adequado falar em “documento digital falso”.

adiantaria a perfeita identificação do usuário e do detentor do site na rede, conforme já analisamos, se a mensagem não chegar ao destinatário do mesmo modo que foi enviada. No caso específico dos contratos eletrônicos, deve haver a garantia de que não haverá alteração das cláusulas contratuais durante a transmissão da mensagem.

As mensagens transmitidas em ambiente virtual estão suscetíveis a vários graus de ataque. O corrompimento de dados pode se dar tanto por fatores involuntários, produzidos por defeitos ou interferências nos sistemas de produção, armazenamento, envio e recebimento de dados eletrônicos, quanto por fatores voluntários, aqui incluídos os vírus, a ação de “hackers”, ou mesmo pela deliberada alteração de dados.

A Lei Modelo da UNCITRAL prevê, de forma genérica, no art. 8.º, que quando a lei requerer que a informação seja apresentada ou conservada na sua forma original, esse requisito considerar-se-á preenchido por uma mensagem eletrônica quando “existir garantia fidedigna de que se preservou a integridade da informação em sua forma final, como uma mensagem eletrônica ou de outra forma”, se “esta informação for acessível à pessoa à qual ela deva ser apresentada, caso se requeira a sua apresentação”.

O art. 10 traça os requisitos para a conservação de mensagens eletrônicas. A informação deve estar acessível para consulta posterior; deve ser conservada no formato em que foi gerada, enviada ou recebida, ou em outro que possa demonstrar que representa exatamente as informações consignadas; por fim, deve ser conservada, caso exista, toda a informação que permita determinar a origem e destino das mensagens, e a data e hora do envio e recebimento.

O Projeto de Lei n.º 4.906/2001 previu a aplicação de sanções penais para a falsificação de documentos eletrônicos. O art. 42, por exemplo, prescreve que se “equipara ao crime de falsificação de documento público, sujeitando-se às penas do art. 297 do Código Penal⁸⁹, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico público, ou a alteração de documento eletrônico público verdadeiro”. No mesmo sentido, consta do art. 43 a previsão que equipara “ao crime de falsidade de documento particular, sujeitando-se às penas do art. 298 do

⁸⁹ CP, art. 297. *Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

(...)

Código Penal⁹⁰, a falsificação, no todo ou em parte, de certificado ou documento eletrônico particular, ou alteração de certificado ou documento eletrônico particular verdadeiro”.

De qualquer forma, a solução que tem se disseminado nos meios informáticos para os problemas relativos à integridade das informações, e que tem sido incorporada pelo Direito Positivo de alguns países, é a adoção de sistemas de criptografia – assunto sobre o qual nos debruçaremos adiante. Isso porque, na medida em que os suportes tenham desenvolvimento tecnológico que garantam a sua imutabilidade, poderão cumprir cada vez melhor as funções que lhe são características.

3.3.2 Da confidencialidade das informações

Ao lado da integridade da mensagem, surge a questão relativa à confidencialidade, que consiste na garantia de sigilo das informações transmitidas em ambiente magnético – que, dentre nós, é direito constitucionalmente assegurado⁹¹.

Os avanços da atualidade permitem quase sempre, mediante o uso de equipamentos específicos, que seja possível o acesso aos sinais transmitidos, ainda que ausente a intenção de que isso ocorra. Também na Internet é possível algo semelhante, devido à existência de instrumentos de grampeamento (“softwares”) que interceptam mensagens, e delas extraem cópias ou desviam o destino originalmente previsto.

O tema é relevante, principalmente quando se questiona quem pode ter acesso às mensagens, documentos e informações que transitam na comunicação à distância, seja através de redes internas ou externas.

Um provedor de acesso à Internet pode, por exemplo, ter acesso às mensagens que transitam por seus equipamentos – fato que, via de regra, passa imperceptível os olhos dos usuários. Trata-se, no entanto, de hipótese de acesso legítimo à informação, já que o provedor tem contato com a mensagem do usuário

⁹⁰ CP, art. 298. *Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁹¹ CF, art. 5.º, XII – *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

em virtude de necessidades técnicas, justamente porque é ele quem a armazena e a retransmite a quem de direito.

Todavia, é importante ressaltar, o acesso legítimo não significa que o acessante possa fazer *uso* das informações em seu proveito. A mensagem só poderá ser utilizada pelo legítimo destinatário⁹².

Outra hipótese, mais relevante ao estudo dos contratos eletrônicos, é o do contratante que tivesse acesso não autorizado a mensagens eletrônicas da outra parte, sobre assunto que pudesse influir decisivamente na negociação. Se, por exemplo, durante as tratativas para compra e venda de um imóvel, o único interessado soubesse, de antemão, mediante acesso ilegítimo a mensagens particulares do vendedor, que este está passando por uma séria dificuldade financeira, e que precisa, a todo custo, desfazer-se do bem, por certo que conseguiria uma redução considerável no preço – já que, sabendo-se único, sentir-se-ia autorizado a ofertar quantia irrisória, muito abaixo do valor de mercado.

Mas não é só o provedor que tem acesso a informações em virtude das peculiaridades da sua atividade.

Ao realizar um contrato de compra e venda em um portal eletrônico de compras, o consumidor informa ao fornecedor uma série de dados pessoais, tais como RG, CPF, faixa de renda, dentre outros, que não podem ser divulgados sem autorização, ou utilizados para fim diverso do pactuado. Se, por exemplo, o lojista cede a terceiros o número do cartão de crédito de um cliente seu, por certo que o estará expondo a grande risco.

Provavelmente com o propósito de evitar problemas dessa natureza, o Projeto de Lei n.º 4.906/2001 prescreveu, no art. 33, que “o ofertante somente poderá solicitar do consumidor informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado pelo respectivo titular a divulgá-las ou cedê-las”.

Dessa forma, concluímos que as informações e mensagens veiculadas em ambiente virtual devem estar resguardadas pelo sigilo, e só podem ser usadas pelos legítimos destinatários, dentro dos estritos limites para os quais foram disponibilizadas.

⁹² Essa questão será mais bem analisada adiante, quando trataremos da responsabilidade do provedor de acesso à Internet.

3.3.3 Dos meios de prova dos documentos eletrônicos

Tendo em vista a preocupação relativa à autenticidade das partes, à integridade da mensagem e à confidencialidade das informações, muito se discute acerca do meio de prova mais adequado para a resolução de controvérsias relativas ao contrato eletrônico.

O Código Civil deixou lacuna no que concerne à validade das provas obtidas em meio eletrônico, já que o legislador de 2002 pouco acresceu ao que já havia previsto o de 1916. O art. 212 arrola a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia⁹³.

A utilização desse meio de prova suscita diferentes graus de complexidade. Nos casos em que o estabelecimento está organizado de forma a conferir elevado grau de segurança às informações, e dependendo do formato em que elas estão armazenadas, a simples extração de relatórios impressos a partir do banco de dados é suficiente para a prova do negócio jurídico. É o caso, por exemplo, das informações armazenadas nos sistemas informáticos das instituições bancárias – em que, via de regra, a mera impressão de extratos é suficiente para a prova das movimentações financeiras.

Tratando-se de contrato, porém, a ausência de assinatura de punho dos negociantes, requisito fundamental nos documentos papelizados, torna-os inoperantes ante a esfera jurídica dos envolvidos. Nesse caso, a produção de prova eletrônica constitui processo complicado, e se torna mais demorada e dispendiosa do que a simples juntada de relatórios impressos.

No entanto, duas situações devem ser consideradas.

Quando o estabelecimento estiver organizado de forma a conferir segurança à identificação das partes e à inalterabilidade dos dados, e a parte se limitar a questionar questões acessórias, como prescrição, bastará, tal como no exemplo anterior, a juntada do relatório do banco de dados em que o documento está registrado, eis que suficiente à prova do negócio jurídico.

⁹³ CC, art. 212. *Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*

I – *confissão*;

II – *documento*;

III – *testemunha*;

IV – *presunção*;

V – *perícia*.

Porém, na hipótese de o objeto da controvérsia ser a existência ou a extensão do contrato, será necessária a realização de prova aprofundada – via de regra, pericial. Isso porque, nesse caso, somente a partir da análise de elementos intrínsecos à formação do documento é que restará esclarecido se o contrato representa ou não a legítima vontade das partes.

COELHO, ao tratar dos contratos eletrônicos em conhecida obra de Direito Comercial – por ele tratados como “contratos-e” –, sustenta que

[...] a prova da existência e extensão do contrato-e deve ser feita, em juízo, pelos meios probatórios adequados, isto é, por *perícia técnica* (e não necessariamente por testemunhos ou juntada de documento). Em outros termos, cada suporte exige meios de prova judiciária específicos: quando o contrato é oral, faz-se sua prova por testemunhas ou depoimento do contratante; quando papelizado, pela apresentação do instrumento escrito, ou de cópia xerográfica, ao juiz; quando eletrônico, por perícia [...]⁹⁴

A solução preconizada pelo autor parece adequada ao sistema processual brasileiro, que adota a regra da atipicidade dos meios de prova. O Código de Processo Civil, em seu art. 332⁹⁵, admite todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. Isso significa que as pretensões podem ser comprovadas por qualquer modo, ainda que não pelos “típicos” (prova testemunhal, confissão, depoimento pessoal, dentre outros). Com efeito, não nos parece razoável refutar o meio de prova eletrônico pela simples possibilidade de adulteração, sem que se demonstre elemento objetivo capaz de evidenciar algum tipo de fraude⁹⁶.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 41-42.

⁹⁵ CPC, art. 332. *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*

⁹⁶ A este respeito: “DANO MORAL. APRESENTAÇÃO DE CHEQUE PÓS-DATADO NA DATA INICIALMENTE AJUSTADA, APÓS TER HAVIDO CONCORDÂNCIA COM PRORROGAÇÃO DO PRAZO. DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. PROVA. MEIO ELETRÔNICO. A VALIDADE E EFICÁCIA DA PROVA OBTIDA POR MEIO ELETRÔNICO NÃO PODE SER AFASTADA ANTE A SIMPLES ALEGAÇÃO DE POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO DOCUMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Do voto proferido pela relatora, extrai-se o seguinte fragmento: “No caso, sem que tenha embasado suas alegações em qualquer elemento objetivo capaz de evidenciar a imprestabilidade de tais documentos como meio de prova – a recorrente questiona a decisão simplesmente argumentando com a possibilidade de alteração dos documentos. Ora, a possibilidade de alteração de documentos sempre existiu (desde que inventada a reprodução gráfica da linguagem), e sempre existirá, porque a engenhosidade, a capacidade criativa do ser humano é infinita...” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 71000472142. Officer Distribuidora de Produtos de Informática S/A e Alex Sandro Rodrigues Madruga. Relator: Marta Lúcia Ramos. 18 mar 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 15 mar. 2007 – grifamos)

A Lei Modelo da UNCITRAL dedicou capítulo à admissibilidade e força probante de dados eletrônicos em juízo. Prescreveu, no art. 9.º, que toda informação apresentada sob a forma eletrônica gozará de força probante, e que em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais não terá aplicação qualquer norma jurídica que seja óbice à admissibilidade de mensagens pelo simples fato de serem eletrônicas.

O Projeto de Lei n.º 4.906/2001 parece ter seguido, ainda que em parte, o mesmo caminho, ao prescrever, no art. 7.º, que “aplicam-se ao documento eletrônico as demais disposições legais relativas à prova documental que não colidam com as normas deste título”. O título ao qual se refere o dispositivo é o que trata do documento eletrônico e da assinatura digital.

Todavia, é importante ressaltar que, ainda que obtida por meios técnicos especializados, a produção de prova relativa ao documento eletrônico pode não ser tarefa fácil. As dificuldades são inúmeras, e têm origem em causas variadas.

É sobre o que passaremos a tratar, no tópico subsequente.

3.3.4 Da exibição do documento eletrônico em juízo

A informação registrada em ambiente virtual tem como característica o enorme potencial de volume, especialmente quando comparada à armazenada em suporte tangível.

Grandes servidores de informação, por exemplo, armazenam dados na ordem de “*terabytes*”, unidade que representa o equivalente a centenas de milhões de páginas de texto papelizado. A mensagem eletrônica é *dinâmica*: o simples ato de desligar um computador pode ocasionar a modificação dos registros nele contidos, especialmente aqueles acondicionados em memórias voláteis⁹⁷. Por fim, ao contrário do que ocorre com os documentos tradicionais, os eletrônicos podem se tornar incompreensíveis quando destacados do programa que os gerou.

Nosso Código de Processo Civil é de 1973, o que significa que foi pensado dentro de uma concepção relacionada à prova em papel. Não é capaz de oferecer solução a inúmeros questionamentos relativos à prova eletrônica.

⁹⁷ Memórias voláteis são aquelas que necessitam contínuo fornecimento de energia para a manutenção das informações que nela estão armazenadas. É o caso da memória RAM.

É por isso que, quando se tratar de documento eletrônico, a previsão do art. 355 do Código de Processo Civil⁹⁸, que autoriza ao juiz ordenar à parte que exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder, deve ser aplicada com cautela. Conforme pudemos perceber, a exibição da prova eletrônica em juízo pode se tornar muito mais complexa do que a simples juntada de instrumentos papelizados.

Caso o juiz determine a exibição de um documento eletrônico em juízo, este deve ser apresentado na sua moldura original, ou em formato que possibilite o imediato exame pela autoridade judiciária?

Considerando o enorme potencial de armazenamento dos suportes digitais, se uma das partes fosse compelida a apresentar disco rígido que contivesse dados necessários a comprovar alegação postulada em Juízo, e nele também estivessem presentes informações protegidas por algum tipo de sigilo – como, por exemplo, o profissional⁹⁹ –, poderia ela recusar a exibição?

Se um dos litigantes, com receio da nefasta consequência que a exibição de determinada prova pudesse trazer ao seu patrimônio jurídico, resolvesse destruir ou alterar a informação eletrônica armazenada em seus sistemas computacionais, o que poderia ser feito? Como saber se a destruição dos dados foi ou não intencional?

Veja-se que, nesse último caso, não bastaria uma solução radical, consubstanciada na presunção de veracidade dos fatos em favor da parte prejudicada pela impossibilidade de acesso à prova. A perda de informações não é fato incomum no meio informático, pode ser decorrência de causas involuntárias, imputáveis exclusivamente ao sistema computacional, e nem sempre é possível determinar se a impossibilidade de acesso à prova decorreu de falha em operação de rotina, ou se foi resultado de ato doloso imputável a alguma das partes.

Não temos solução definitiva para esses problemas. Todavia, os suportes eletrônicos estão cada vez mais presentes na nossa realidade e, se não conseguirmos encontrá-las, correremos o risco de nos tornarmos inoperantes ante as exigências da realidade social¹⁰⁰.

⁹⁸ CPC, art. 355. *O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.*

⁹⁹ Tratam-se de informações constitucionalmente protegidas.

¹⁰⁰ Veja-se, a este respeito, ementa da decisão proferida em ação cautelar com o propósito de compelir a parte adversária à exibição de documento eletrônico: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO

3.3.5 Da legislação processual civil brasileira: avanços e perspectivas

Apesar das dificuldades que enumeramos acima, a legislação processual brasileira começa a exibir avanços em relação ao uso de documentos eletrônicos. A Lei n.º 9.800/1999, por exemplo, permitiu às partes “a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo *fac-símile* ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita” (art. 1.º).

O uso desse sistema não prejudicou o cumprimento dos prazos processuais, especialmente porque as petições originais devem ser entregues em juízo até cinco dias da data do seu término. Ademais, imputou à parte a responsabilidade pela qualidade e fidelidade do material transmitido (art. 4.º).

A lei usou fórmula genérica, e não definiu o que vem a ser “sistema de transmissão de dados e imagens similar ao *fac-símile*”. Entendemos, por isso, que a interpretação ao dispositivo deve ser extensiva, de modo a considerar que autorizou até mesmo a prática de atos processuais via correio eletrônico, mas desde que existente previsão em regulamento editado pelo Tribunal para o qual o documento é encaminhado.¹⁰¹ Tal posicionamento justifica-se pelo fato de que o permissivo previsto na Lei n.º 9.800/1999 não obrigou os órgãos judiciários a dispor de equipamentos para recepção, deixando a estes a faculdade de implantar ou não o sistema¹⁰².

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acende debates em torno do assunto. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 660.369/RS, corroborou o entendimento adotado neste trabalho. Na oportunidade, asseverou que o correio eletrônico é sistema de

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRETENSÃO RESISTIDA EVIDENCIADA. OBRIGATORIEDADE NO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES, MESMO O CONTRATO SE PERFAZENDO EM MEIO ELETRÔNICO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. Evidenciada a pretensão resistida, quando há prova da necessidade de utilização do meio judicial para a obtenção dos documentos solicitados na via administrativa, porém, desatendidos. Mesmo se tratando de operação realizada em meio eletrônico, comprovada a resistência, impositivo o fornecimento de informação atinente à contratação. Apelo desprovido. Unânime.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70017348913. Banco Cacique S/A e Roseli Alves Moreira. Relator: Des. Agathe Elsa Schmidt da Silva. 28 nov. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 15 mar. 2007)

¹⁰¹ E desde que, por óbvio, o interessado não deixasse de apresentar os originais em até cinco dias da data do término do prazo para a prática do ato processual.

¹⁰² Essa é, inclusive, a opinião de Cândido Rangel Dinamarco, in **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 85.

transmissão de dados e imagens similar ao *fac-símile*, motivo pelo qual entendeu permitido seu uso para apresentação de petição escrita em juízo, na forma do art. 1.º da Lei 9.800/1999¹⁰³.

Todavia, em decisão mais recente, o Ministro Jorge Scartezzini posicionou-se pela via oposta¹⁰⁴ – que, aliás, é a orientação prevalente no âmbito daquela Corte¹⁰⁵.

De qualquer forma, em nosso sentir, a necessidade de apresentar o petitório impresso no prazo de cinco dias tornou demasiadamente restrito o alcance – e a utilidade – da previsão. O benefício parece contemplar, conforme se denota dos julgados que versam sobre o assunto, tão somente o advogado que, nos últimos minutos do prazo, vê no *e-mail* o caminho para que suas razões sejam recebidas tempestivamente.

¹⁰³ A decisão foi assim ementada: “PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL POR MEIO DE CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL). APLICAÇÃO DA LEI 9.800/99. NECESSIDADE APRESENTAÇÃO ORIGINAL. 1. O correio eletrônico (*e-mail*) é sistema de transmissão de dados e imagens similar ao fac-símile, motivo pelo qual permitida a sua utilização, para a apresentação de petição escrita, na forma da Lei 9.800/99. Precedentes da Corte: AGA 545.299/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 1406/2004; EDAGA 389.941/SP, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1606/2003; AGA 574.451/SC, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 0609/2004.

2. A Lei 9.800/99 prevê a transmissão de dados para a prática de atos processuais por meio de fac-símile ou outro similar, impondo a apresentação dos originais até cinco dias da data do término do prazo para a prática do ato processual, ficando aquele que se utiliza do sistema de transmissão de dados responsável pela entrega do material transmitido ao órgão judiciário.

3. Hipótese em que o agravo regimental foi interposto por meio do correio eletrônico sem a posterior apresentação do original.

4. Agravo regimental não conhecido.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 660.369/RS. Indústrias Micheletto S/A e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Luiz Fux. 08 mar. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400658776&dt_publicacao=28/03/2005>. Acesso em: 01 fev. 2007.)

¹⁰⁴ “PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE CONHECIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO - INTERPOSIÇÃO VIA CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL) - INTEMPESTIVIDADE.

1. É intempestivo o agravo regimental não interposto no quinquídio legal. No caso *sub judice*, a r. decisão ora agravada foi publicada em 26.05.2006 (sexta-feira) e a interposição do referido recurso só ocorreu no dia 07.06.2006 (quarta-feira), tendo se encerrado o prazo recursal em 02.06.2006 (sexta-feira). Aplicação dos arts. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, e 258, do RISTJ.

2. Ressalte-se que, conforme jurisprudência desta Corte, o correio eletrônico (*e-mail*) não pode ser considerado similar ao fac-símile para efeito de aplicação do artigo 1º da Lei n.º 9.800/99, que estabelece ser permitido às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita. Precedentes.

3. Agravo regimental não conhecido.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n.º 739712/SP. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. 20 jun. 2006. Disponível em: <ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600118266&dt_publicacao=19/03/2007>. Acesso em: 15 mar. 2007.)

¹⁰⁵ No mesmo sentido: Ag no RESP 594.352/SP, AgRg nos EDcl no AgRg no RESP 644.765/RS, AgRg no AG 551.625/RJ, AgRg no AG 543.290/SP, AG 549.345/SP, AG 574.451/SC, dentre outros.

Afora essa hipótese, a utilidade do permissivo legal é questionada, por representar trabalho dobrado – além do correio eletrônico, é necessária também a apresentação do original, como se aquele não existisse. O *e-mail*, deste modo, acaba se tornando desnecessário e inoperante.

Mais eficiente será o processo judicial eletrônico – instituído, entre nós, pela recente Lei n.º 11.419/2006, ainda em fase de implantação nos nossos tribunais¹⁰⁶. Referido processo poderá se constituir de autos total ou parcialmente digitais (art. 8.º)¹⁰⁷, com utilização preferencial da rede mundial de computadores, em qualquer grau de jurisdição, e aplicável aos processos civil, penal, trabalhista e dos juizados especiais.

A fim de garantir a integridade dos documentos que circulam na rede, a lei determinou que os atos processuais deverão se perfazer mediante o uso de assinatura eletrônica – assunto sobre o qual nos aprofundaremos adiante –, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos¹⁰⁸.

A informatização do processo judicial trará inegáveis vantagens aos profissionais do Direito inseridos na rotina forense, já que proporcionará redução significativa de custos administrativos e operacionais.

3.3.6 Tecnologias de segurança e o ambiente eletrônico

¹⁰⁶ A prática de atos processuais por meios eletrônicos já havia sido viabilizada, de modo genérico, pela Lei n.º 11.280/2006, que incluiu o parágrafo único ao artigo 154 do Código de Processo Civil. O dispositivo prescreve que “os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”. A Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, por sua vez, foi instituída pela Medida Provisória n.º 2.200-2/2001.

¹⁰⁷ Lei n.º 11.419/2006, art. 8.º: Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

¹⁰⁸ Lei n.º 11.419/2006, art. 2.º: O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1.º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

§ 1.º O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado.

§ 2.º Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

§ 3.º Os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único para o credenciamento previsto neste artigo.

As incertezas e os problemas que se relacionam às operações eletrônicas exigem o desenvolvimento de tecnologias que objetivam conferir segurança ao comércio eletrônico.

Trataremos de três soluções tecnológicas que podem contribuir decisivamente para a segurança das relações negociais em ambiente eletrônico.

3.3.6.1 Das tecnologias biométricas

A biometria é o estudo estatístico das características físicas ou comportamentais dos seres vivos. Na atualidade, com o desenvolvimento tecnológico, seu estudo adquiriu maior importância, e passou a ser utilizada como importante ferramenta na identificação pessoal dos indivíduos.

Segundo MAURÍCIO MATTE, verificação biométrica é “(...) um método automatizado pelo qual a identidade de um indivíduo é confirmada examinando-se uma característica fisiológica única e pessoal ou por meio de análise de características de comportamento”¹⁰⁹.

As técnicas mais difundidas são o reconhecimento de impressões digitais, de retina, de veias da palma da mão e de voz. Ainda é prematuro classificar o DNA como tecnologia biométrica de reconhecimento, especialmente porque sua leitura não constitui processo automatizado, e pode demorar muitas horas.

A identificação através dessas técnicas, por se basear na análise de características biológicas estáveis, únicas, impossíveis de serem forjadas ou furtadas, reveste-se de alto grau de confiabilidade. Pensemos, por exemplo, que documentos impressos e cartões magnéticos podem ser falsificados ou roubados, e que as senhas podem ser copiadas ou descobertas.

ARNOLDO WALD aponta uma possível utilidade para esse tipo de tecnologia:

Fala-se ainda num sistema de leitura sensível por máquinas ou caixas eletrônicas, até da impressão digital previamente registrada. Assim, a pessoa só poderá sacar dinheiro através da impressão digital, que, como se sabe, difere em cada pessoa. Em lugar de um código numérico, que

¹⁰⁹ MATTE, Maurício. **Internet: comércio eletrônico**. São Paulo: LTr, 2002. p. 46-47.

pode ser descoberto, a senha será a impressão digital, que é lida do computador.¹¹⁰

Ainda assim, apesar de demonstrarem elevado grau de confiabilidade e precisão, os sistemas biométricos não são totalmente infalíveis. Existem formas de “driblar” os leitores – como, por exemplo, mediante o uso de próteses nos aparelhos de reconhecimento de impressão digital.

De qualquer forma, por seu alto custo, essas tecnologias ainda não se encontram difundidas, especialmente nos sistemas informáticos dos usuários residenciais. Por essa razão, são praticamente inócorrentes nos contratos eletrônicos de consumo.

3.3.6.2 Da criptografia

A criptografia é um conjunto de técnicas que visa codificar a mensagem, a fim de evitar com que sejam conhecidas ou adulteradas por terceiros. Por ela podem ser enviadas mensagens decifráveis somente pelo conhecedor do critério de encriptação.

Nos exatos termos de PATRÍCIA PECK, criptografia é

(...) uma ferramenta de codificação utilizada para o envio de mensagens seguras em redes eletrônicas. É muito utilizada no sistema bancário e financeiro. Na internet, a tecnologia da criptografia utiliza o formato assimétrico, ou seja, codifica as informações utilizando dois códigos, chamados de chaves, sendo uma pública e outra privada para a decodificação, que representam a assinatura eletrônica do documento.¹¹¹

As técnicas criptográficas são muito antigas. Conta-se, por exemplo, que já na Roma Antiga o Imperador Júlio César codificava informações que remetia aos seus comandados, atribuindo a cada letra três casas acima na ordem alfabética. Esse método ficou conhecido como *Cifra de César*.

Na atualidade, as mais difundidas são eletrônicas, e envolvem o uso das chamadas “chaves criptográficas”, que consistem num conjunto de *bits* baseado em um algoritmo capaz de codificar e decodificar os dados. Se o destinatário não dispuser da chave compatível com a do emissor, não conseguirá

¹¹⁰ WALD, Arnold. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 259-260.

¹¹¹ PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 86.

acesso ao conteúdo da informação. Quanto maior o número de *bits* utilizados, melhor será a segurança da encriptação, porque maiores serão as possibilidades de combinações, e menores as possibilidades de descoberta.

Uma objeção que se põe em relação ao uso da criptografia na informática diz respeito à possibilidade de seu uso pelo crime organizado – como, por exemplo, para a divulgação de mensagens envolvendo terrorismo ou pedofilia –, já que as informações transmitidas ficariam à margem de qualquer fiscalização.

Existem dois tipos de chaves criptográficas: as simétricas e as assimétricas.

As simétricas (ou tradicionais) são as mais simples, nas quais emissor e receptor fazem uso de uma mesma chave. Porém, esse sistema se torna desvantajoso quando é grande o número de pessoas a quem a mensagem deva ser transmitida porque todos devem conhecer o fator de encriptação, e fica mais fácil para o terceiro mal intencionado ter acesso a ele. Não é adequado, portanto, para os casos em que a mensagem transmitida é muito valiosa.

Sofre limitações, também, no tocante à identificação do seu autor, já que, se todos os envolvidos compartilham de um mesmo segredo, não é possível identificar, com segurança, qual deles a enviou.

No sistema de chaves assimétricas (ou públicas), mais moderno, são usadas duas chaves interdependentes – uma pública, outra privada. A mensagem é encriptada mediante o uso da primeira, e somente poderá ser conhecida mediante o uso da chave privada a ela correspondente, que é de propriedade exclusiva do destinatário. A grande vantagem desse sistema reside no fato de que a chave privada não precisa ser revelada a ninguém, possibilitando a perfeita individualização dos envolvidos, o que confere maior segurança à negociação.

SHEILA LEAL apresenta a distinção:

Na *criptografia simétrica*, uma mensagem é cifrada por uma senha (chave privada) e decifrada com a utilização desta mesma chave, que deve ser mantida em sigilo para preservar a segurança da comunicação. Assim, emissor e receptor combinam de antemão a senha (chave privada) e dela se utilizam na codificação e decodificação da mensagem. Este sistema não é absolutamente seguro porque se utiliza de operações matemáticas com retorno e não serve para provar a identidade da pessoa.

Na *criptografia assimétrica*, são utilizadas duas chaves: uma pública e outra privada. Estas duas chaves são números que funcionam como complemento um do outro, se assim as podemos explicar, estando de tal modo relacionadas que não poderiam ser livremente escolhidas pelo usuário, devendo ser calculadas pelo computador. Assim, a mensagem

codificada com a chave pública só pode ser decifrada com o par de chaves privadas correspondente, e, ao contrário, a mensagem encriptada, com a chave privada, só pode ser decifrada utilizando-se a chave pública.¹¹²

O Projeto de Lei n.º 4.906/2001, em seu art. 2.º, III, definiu criptografia assimétrica como “modalidade de criptografia que utiliza um par de chaves distintas e interdependentes, denominadas chaves pública e privada, de modo que a mensagem codificada por uma das chaves só possa ser decodificada com o uso da outra chave do mesmo par”.

O sistema de chaves assimétricas agrega a possibilidade de geração de assinaturas digitais – tema sobre o qual passaremos a tratar, no tópico subsequente.

3.3.6.3 Da assinatura digital

A assinatura digital é um conjunto de *bits* inter-relacionado a um documento, produzida mediante a encriptação de uma mensagem com a chave privada, que somente pode ser conferida pela chave pública a ela associada. Isso significa que, se foi possível ter acesso à informação mediante o uso da chave pública, é porque foi codificada pela chave privada correspondente, que é de conhecimento exclusivo do seu titular. E, tendo em vista a especificidade dos cálculos algorítmicos utilizados, é praticamente impossível chegar à chave privada, a partir da pública.

Nas palavras de MARCO AURÉLIO GRECO, a assinatura digital

Corresponde a uma espécie de criptografia pela qual, ao mesmo tempo em que transforma um documento legível em algo ilegível, acrescenta o que poderia designar por “marca d’água digital”. Ou seja, o documento ao ser decriptado surgiria na sua plenitude e estaria acompanhado visualmente de um timbre ou desenho superposto que não o prejudicaria mas cuja inexistência (falta da marca d’água) indicaria não se tratar do documento correto.¹¹³

Segundo SHEILA LEAL,

¹¹² *Op. cit.*, p. 160.

¹¹³ GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 43.

As assinaturas digitais preenchem os requisitos antes comentados da autenticidade, integridade e não-repúdio dos documentos eletrônicos. A identidade do “signatário da firma eletrônica é feita pela prova da posse da chave privada. Ao encriptar a mensagem com sua chave privada, o autor sabe que só a sua chave pública correspondente poderá decifra-la, assim, o destinatário da mensagem, ao aplicar a chave pública, pode verificar a autenticidade da mensagem e a identidade do emitente.”¹¹⁴

Não se pode confundir a assinatura digital com a imagem digitalizada da assinatura manuscrita do subscrevente, tampouco com as senhas de acesso usadas para o ingresso em ambientes protegidos. Convém ressaltar, também, que não é única por pessoa, como ocorre com a assinatura física, mas sim por documento, já que gerada a partir do seu conteúdo.

O Brasil conta com algumas iniciativas legislativas que versam sobre a matéria.

O Projeto de Lei n.º 1.589/1999 se ocupou do assunto, ao prescrever, no art. 14, que “considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública”.

Todavia, a crítica mais contundente a essa previsão diz respeito ao fato de que o sistema criptográfico de chave pública é apenas uma dentre as tecnologias que permite a identificação pessoal em ambientes eletrônicos – e, caso se torne obsoleta, correr-se-á sério risco de engessar o comércio eletrônico em nosso país. Por isso, se aprovado como se encontrava, era provável que a jurisprudência tivesse necessidade de adotar interpretações extensivas sobre o assunto.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei n.º 4.906/2001 prescreveu, no art. 4.º, os requisitos necessários para que as declarações constantes de documento eletrônico sejam presumidas verdadeiras em relação ao signatário¹¹⁵.

Nesse particular, melhor saída adotou a lei modelo da UNCITRAL, que utilizou fórmula abrangente, e tratou a figura com maior flexibilidade. Ela

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 163-164.

¹¹⁵ PL n.º 4.906/2001, Art. 4. *As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do Código Civil, desde que a assinatura digital:*

I – *seja única e exclusiva para o documento assinado;*

II – *seja passível de verificação pública;*

III – *seja gerada com a chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e mantida sob o exclusivo controle do signatário;*

IV – *esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital estará invalidada;*

V – *não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.*

previu, no art. 7.º, que quando a lei exigir assinatura de alguém, esse requisito considerar-se-á satisfeito quando for utilizado algum método para identificar a pessoa e a informação contida na mensagem eletrônica, desde que seja confiável e adequado para os propósitos para os quais a mensagem foi gerada ou comunicada.

De qualquer forma, é importante ressaltar que, ainda sejam utilizados algoritmos grandes, não existem mecanismos de cifragem totalmente seguros. A decodificação pode ser quebrada, por exemplo, por “força bruta”¹¹⁶. Além disso, como o espaço virtual é globalizado, pode ocorrer de contratos serem firmados entre pessoas situadas em localidades geograficamente muito distantes, de modo que o destinatário do documento assinado digitalmente pode não ter condições de averiguar se a chave pública é, efetivamente, daquele que se apresenta como seu titular.

A fim de contornar esse inconveniente, surgiu a possibilidade de se recorrer a um terceiro de confiança, capaz de atestar a procedência da chave pública. É sobre o que passaremos a analisar, na sequência.

3.3.6.4 Da certificação digital

No documento papelizado, quando é necessário atestar a titularidade de uma assinatura, a fim de aumentar a segurança do negócio jurídico, é possível socorrer-se ao auxílio de um terceiro, que inspire a confiança das partes.

Para efetuar a transferência de titularidade de um veículo, por exemplo, os órgãos estatais costumam exigir que o vendedor apresente sua assinatura reconhecida por um tabelião, detentor de fé pública, no intuito de minimizar a possibilidade de fraudes. Confia-se na atividade do notário porque presume-se que ele adota procedimentos burocráticos para a perfeita identificação do subscritor.

No meio digital, também é possível buscar o auxílio de um terceiro de confiança, denominado autoridade ou entidade certificadora, capaz de atestar a titularidade de uma chave pública. A atividade pode ser resumida na emissão, publicação, renovação e revogação de certificados.

¹¹⁶ Jargão pelo qual é designado, no meio informático, o método da tentativa e erro.

Nas palavras de SHEILA LEAL,

A certificação digital tem por finalidade atestar a titularidade de uma chave pública e é realizada por uma entidade conhecida como Autoridade Certificadora, responsável pela emissão, renovação e revogação de certificados digitais.¹¹⁷

A utilidade da certificação não se restringe às assinaturas digitais. Ela pode ser usada, por exemplo, para a identificação de usuários que se comunicam em tempo real através de redes abertas. Existem vários procedimentos para identificar a titularidade do solicitante – que geram, por consequência, diferentes tipos de certificados. Porém, diferentemente do que ocorre no “mundo físico”, a certificação não recai sobre a assinatura, mas sobre a chave pública. Essa peculiaridade traz algumas facilidades – e a principal delas é a desnecessidade de se requerer um novo certificado a cada assinatura realizada.

O Projeto de Lei n.º 4.906/2001 dedicou o Título III aos certificados digitais. Dentre os inúmeros dispositivos que tratam do tema, sobleva importância o art. 11, que dispõe sobre os requisitos indispensáveis para a validade das certificações. São três as exigências: o titular deve ter sido identificado pessoalmente pela autoridade certificadora; deve ter sido reconhecido como detentor da chave privada correspondente à chave pública para a qual tenha solicitado o certificado; por fim, devem ter sido arquivados registros físicos, assinados pelo titular, comprobatórios dos fatos previstos nas disposições anteriores.

3.4 DOS PROVEDORES DE ACESSO E A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A Internet, como tratamos, tem caráter mundial, e é formada por teias de computadores interconectados, que compartilham um mesmo protocolo permitidor do intercâmbio de informações. É de domínio público, sem regulamentação.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 166.

Em seu contexto, o papel do provedor é restrito: limita-se a disponibilizar ao usuário o serviço de conexão, através do fornecimento de endereços IP. É apenas mediador técnico do acesso.

Segundo NEWTON DE LUCCA, provedor é:

(...) aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza variada, seja franqueando o endereço na 'Internet', seja armazenando e disponibilizando o 'site' para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de 'Provedor de Serviço de Conexão à Internet' (PSCI), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à 'Internet' (SCI).¹¹⁸

Porém, consoante observa SHEILA LEAL,

O provedor pode desempenhar outras funções, como a de provedor de conteúdo, de presença ou de espaço, fornecendo materiais ou informações à Rede, disponibilizando as páginas, as imagens e outras informações, através de um provedor de acesso. Pode desempenhar também a função de provedor de hospedagem quando abriga *sites* ou páginas em seu servidor ('hosting service providers'), cujos conteúdos dizem respeito exclusivamente às empresas ou profissionais interessados em promover seus serviços ou bens. A função do provedor de hospedagem é colocar o 'site' à disposição dos usuários e assegurar a eficiência da comunicação. Além do serviço prestado pelos provedores de acesso à 'Internet' outros podem ser ofertados, 'on line', diretamente ao consumidor, tais como: serviços de turismo; serviços de seguro; serviços financeiros (investimentos em bolsas de valores); serviços de entretenimento (vídeo, filmes, música); serviços profissionais (advogados, médicos, consultores) e outros.¹¹⁹

Nessa perspectiva, no que diz respeito aos contratos eletrônicos celebrados via Internet, o provedor não pode ser considerado parte na relação estabelecida entre usuário e terceiro, assim como não pode ser responsabilizado pelo conteúdo veiculado nos documentos produzidos pelos contratantes, por não participar da troca de informações e de mensagens.

O provedor assume a obrigação de fornecer a conexão, além de manter o sigilo das informações que, por razões técnicas, tiver acesso. Elas constam de um contrato de prestação de serviços, normalmente de adesão¹²⁰.

¹¹⁸ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 60.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 143-144.

¹²⁰ Não é demais ressaltar que, no caso dos usuários residenciais, não se pode afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, no caso de problemas relacionados à prestação do serviço.

Em relação aos serviços típicos que presta, o provedor responde, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados [...] por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”, nos termos do art. 14 do Estatuto Consumerista. Como exemplo de prestação inadequada do serviço, poderíamos cogitar a falha no envio de uma mensagem por problemas de conexão, a impossibilidade de acesso em virtude de o sistema estar fora do ar, dentre outros – que, aliás, são familiares a muitos de nós¹²¹.

Poderíamos imaginar, também, o exemplo do provedor que, valendo-se do acesso legítimo aos dados que transitam por seus equipamentos, deles fizesse uso para a obtenção de alguma vantagem ilícita¹²².

A esse respeito:

(...) Entre o usuário de internet e o provedor de acesso configura-se uma relação jurídica de consumo, mediante contrato de prestação de serviços (...). O provedor de acesso responde, independentemente de culpa, na condição de prestador de serviços, pela reparação de danos causados pelos consumidores, por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos do serviço, bem como por defeitos relativos a esse serviço, a exemplo do não envio do *e-mail* por problemas técnicos, falta de linha para conexão, sistema fora do ar, dentre outros.¹²³

Em situação semelhante se encontra o provedor de conteúdo, que atua no fornecimento de meios técnicos para a inserção de dados em páginas da Internet. Ele atua nos bastidores, no sentido de fornecer o aparato técnico para o armazenamento dos dados inseridos pelo usuário, e possibilitando o acesso a potenciais interessados. Nesse caso, não pode ser responsabilizado pela prática de conduta ilícita eventualmente cometida por algum de seus clientes, porque não participa da elaboração das informações hospedadas em seus equipamentos. A hipótese de responsabilidade objetiva, então, acaba por não nos parecer adequada, sendo necessária a perquirição de culpa do prestador do serviço para que se torne viável eventual responsabilização.

¹²¹ Todavia, esses casos, pelo baixo conteúdo econômico que representam, aliados à dificuldade de prova, dificilmente batem às portas do Judiciário em busca de reparação.

¹²² Isso porque, conforme vimos, a possibilidade de acesso à informação pelo provedor não significa que possa delas fazer uso.

¹²³ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op. cit.*, p. 142.

Veja-se, por exemplo, que quando um provedor disponibiliza aos usuários serviço de *e-mail*, apenas possibilita que mensagens sejam repassadas entre pessoas que se utilizam dessa forma de comunicação, mas não participam da elaboração das mesmas. Não seria razoável exigir que executassem o controle prévio de todas as mensagens que circulam por seus computadores, seja por inviabilidade técnica, ante o grande volume de informações, seja pela proteção constitucional do sigilo, que resguarda as mensagens veiculadas em ambiente eletrônico¹²⁴.

O mesmo se pode dizer em relação aos “*blogs*” – páginas virtuais pessoais, de fácil utilização, que se assemelham aos tradicionais “diários”.

Essa posição foi contemplada pelo Projeto de Lei n.º 4.906/2001, que prescreveu, no art. 37, que “o provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas”.

Esse parece ter sido, também, o posicionamento da Lei Modelo da UNCITRAL – que, apesar de não dedicar capítulo específico à situação jurídica do

¹²⁴ Apesar disso, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Cível n.º 4012152-0, em voto da lavra do Desembargador José Volpato de Souza, posicionou-se pela necessidade de controle e fiscalização por parte do provedor, o que nos parece equivocado. Confira-se: “APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO EM PÁGINA DE CLASSIFICADOS EM *SITE* DA INTERNET - MENSAGEM OFENSIVA À HONRA, IMAGEM E NOME DO AUTOR DA DEMANDA - NECESSIDADE DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO PROVEDOR - DEVER DE INDENIZAR - *QUANTUM* CAPAZ DE COMPENSAR O LESADO E REPRIMIR ATOS SEMELHANTES PELO LESANTE - MAJORAÇÃO - RECURSO DO AUTOR PROVIDO E DA RÉ DESPROVIDO. Os provedores de *sites* da internet possuem com os seus usuários uma relação de consumo, eis que, ainda que permitido o acesso e uso dos serviços gratuitamente, auferem lucro por meio da valorização do *site* com o aumento do número de navegadores e da venda de espaço para propagandas. Trata-se, portanto, de uma gratuidade aparente, eis que retiram dela vantagens.

Prevê a Constituição da República, já em seu art. 1º, como um dos fundamentos do estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana e, em seu art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ao lado destes dispositivos, dispõe o Novo Código Civil, em seu artigo 17, que: “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

Em face disso, tendo o nome, a imagem e a moral do autor sido maculados ante a publicação de anúncio no *site* da empresa ré, cujo conteúdo foi levado a conhecimento de inúmeras pessoas que o acessaram naquela oportunidade, foi ele alvo de um efetivo abalo moral, mormente em se tratando de um profissional da área jurídica em cidade de pequeno porte, devendo ser indenizado. (...)” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n.º 4012152-0. Relator: Des. José Volpato de Souza. 06 abr. 2004. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/PesquisaAvancada.do>>. Acesso em: 15 mar. 2007)

provedor, excluiu-o das definições de “remetente” e “destinatário” da mensagem eletrônica.

Consoante se extrai do art. 2.º, “entende-se por ‘remetente’ de uma mensagem eletrônica a pessoa pela qual, ou em cujo nome, a referida mensagem eletrônica seja enviada ou gerada antes de seu armazenamento, caso este se efetue, mas não quem atue como intermediário em relação a esta mensagem eletrônica”. Destinatário, por sua vez, “é a pessoa designada pelo remetente para receber a mensagem eletrônica, mas não quem atue como intermediário em relação a esta mensagem eletrônica”.

Ora, ao excluir das posições de remetente e destinatário o que atua como intermediário da mensagem eletrônica, acabou por reconhecer a isenção de responsabilidade do provedor pelas mensagens que são transmitidas por seu arsenal técnico. Assim, o usuário que eventualmente se sinta prejudicado por mensagens eletrônicas ofensivas ou inverídicas veiculadas em “blogs”¹²⁵ ou “e-mails”¹²⁶ deve endereçar a insurgência diretamente ao subscritor. Só haverá responsabilidade do provedor se esse colaborar com o conteúdo da mensagem, ou, se, tendo conhecimento do dano que determinada informação causou a determinada pessoa, mantenha-se inerte.

¹²⁵ Veja-se, a respeito: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE INTERNET. BLOGGER. WEBSITES. A ré agindo como mero provedor de conteúdo, armazenando as informações para acesso dos assinantes não pode ser responsabilizada em indenizar à autora, tendo em vista que tal responsabilidade recai sobre aquele que procedeu ao ilícito. Negaram provimento ao apelo.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70009660432. G.T.R e TV Globo Ltda. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. 14 set. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 15 mar. 2007)

¹²⁶ A propósito: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. 1. Efetivamente não há como responsabilizar o réu pelos transtornos causados pelas mensagens eletrônicas enviadas para os requerentes. Primeiro porque, não há como exigir do réu um controle prévio de todas as informações, enviadas e recebidas que transitam em seus servidores, em seus bancos de dados. Há uma inviabilidade técnica para que assim se proceda, considerado o infindável número de mensagens que são enviadas e recebidas. E de dizer, que além da inviabilidade técnica, também o sigilo que acoberta as informações dessa natureza impede que o demandado proceda do modo pretendido por parte dos autores. 2. Depois porque, o réu, como disciplinado no contrato, não endossa o conteúdo das mensagens eletrônicas que passam por seus servidores. Por um motivo óbvio. O provedor, no caso, o réu, não tem acesso ao seu conteúdo, o que ocorre apenas nos casos predeterminados. Ademais, não poderia o demandado, se tivesse a possibilidade de verificar previamente a mensagem encaminhada aos demandantes, valorar seu conteúdo e prever se veiculava informações inverídicas e atentatórias à moral daqueles. 3. E, por fim, o provedor não foi o responsável pelo encaminhamento das mensagens eletrônicas e pelo conteúdo destas, mas terceira pessoa, que, utilizando-se dos meios eletrônicos, praticou o ilícito. Apelo desprovido.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70014137509. Roberto Lúcio de Souza Sales e Universo Online S/A. Relator: Des.ª Íris Helena Medeiros Nogueira. 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 15 mar. 2007)

Nesse sentido caminhou o Projeto de Lei n.º 4.906/2001, que prescreveu, no art. 38, que “responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o provedor de serviço de armazenamento de arquivos que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada”.

Por oportuna, cabe transcrever a doutrina de GUSTAVO TESTA CORRÊA:

(...) Um provedor de serviço é entidade que presta o serviço de conexão à Internet, e esta última se caracteriza por ser uma rede mundial, não regulamentada, de sistemas de computadores, conectados por comunicações por meio de fio de alta velocidade, e que compartilham um protocolo comum que lhes permite intercambiar informações, sendo, assim, de domínio público. O ordenamento jurídico brasileiro possui como um de seus princípios fundamentais e norteadores a legalidade.

Tal princípio está expressamente definido na Constituição de 1988, como direito e garantia fundamental. O artigo 5º, II, afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No Brasil inexistia lei imputando responsabilidade aos provedores de serviço por atos de seus usuários, nem mesmo no sentido de fiscalizar as suas ações; pelo contrário, a Constituição de 1988 até proíbe tal fiscalização, conforme o artigo 5º, XII, que diz: “(...) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...)”.¹²⁷

O mesmo parece se aplicar aos serviços de busca, como o fornecido pelo “Google”, que facilitam a procura por informações existentes em outros sites, através de palavras-chave fornecidas pelo usuário. Caso o ofendido deseje evitar que dados inverídicos sobre sua pessoa continuem sendo veiculados nos resultados da pesquisa, deve se insurgir diretamente contra aqueles que efetivamente os lançaram – e não contra quem simplesmente localizou aquelas informações¹²⁸.

¹²⁷ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 100.

¹²⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA NA INTERNET COM CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA DO AGRAVANTE. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA NO SENTIDO DE QUE SEJA DETERMINADA A RETIRADA DE TODA VEICULAÇÃO EM NOME DO AUTOR DO GOOGLE. O Google trata-se de provedor de serviço na Internet, não interferindo no conteúdo das páginas que se “hospedam” em seu site, salvo flagrante ilegalidade. Ausência de verossimilhança da alegação, o que impede a concessão da tutela requerida. Precedentes. Agravo de Instrumento desprovido.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n.º 70015442502. Sidnei Cravo e Google Inc.

Nesse caso, o prestador do serviço somente responderá na hipótese de acusar conteúdo inverídico mesmo após ter sido retirado da rede.

4 CONCLUSÕES

Os negócios jurídicos realizados por meio de equipamentos eletrônicos não são novidade. Eram realizados antes mesmo da popularização da microinformática, através de instrumentos que deixavam algum rastro físico do conteúdo da avença – como, por exemplo, via *fac-símile* – e trouxeram vantagens especialmente ao setor empresarial, por possibilitarem a redução de custos operacionais, de logística e de distribuição.

Mais recentemente, porém, a interatividade proporcionada pelas redes de computadores trouxe reflexos às relações negociais. Surgiu o comércio em ambiente eletrônico – e, também, o contrato eletrônico.

A estrutura geral dos vínculos eletrônicos é similar àquela existente nos contratos tradicionais. Porém, algumas das concepções historicamente desenvolvidas pelo Direito Civil não encontram perfeita consonância com as peculiaridades técnicas dos sistemas informáticos, motivo pelo qual certos conceitos necessitam ser adequados, a fim de que ofereçam resposta satisfatória às novas demandas que se desenvolvem no entorno do instituto. Pode ser difícil, por exemplo, identificar se a parte que se apresenta é efetivamente quem afirma ser, ou atestar se a declaração de vontade foi livre e consciente, manifestada sem erro, dolo ou coação. Pode ser problemática, por fim, a exibição de um meio de prova eletrônico em juízo.

Embora o Código Civil não tenha feito referência expressa a eles, não existe impedimento para que sejam celebrados, pois, salvo as situações em que a lei prescreve forma específica, nada obsta que o vínculo contratual se perfeça através de qualquer meio moralmente legítimo que as partes convencionem – e aí se incluiu a via eletrônica.

Os problemas mais comuns no ambiente virtual não dizem respeito propriamente à declaração de vontade, mas ao registro, ao assentamento da mesma. Por isso, não nos parece exagero sustentar que não será possível a existência de um ambiente virtual confiável se não houver segurança – não só tecnológica, mas também jurídica – nos documentos que transitam por esse meio.

Nos contratos celebrados via Internet, o provedor de acesso não pode ser considerado parte na relação contratual estabelecida entre usuário e terceiro,

assim como não pode ser responsabilizado pelo conteúdo veiculado em qualquer espécie de documento por eles produzidos. Isso porque, nesses casos, o provedor é responsável tão somente pelo fornecimento do suporte técnico relativo à conexão. Algo semelhante ocorre no caso de fornecimento de meios técnicos para a inserção de dados em páginas da Internet, ou de serviço de correio eletrônico – hipóteses em que só haverá a responsabilização do provedor se restar comprovado que sua atuação foi permeada por culpa ou dolo.

Embora não seja tarefa fácil acompanhar a velocidade com que se desenvolve a informática, é necessário que o Direito se adapte às transformações advindas da sua utilização como mediadora das relações interpessoais, sob pena de tornar-se inoperante ante às exigências impostas pela realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALECRIM, Emerson. **Criptografia**. Disponível em: <<http://www.infowester.com/criptografia.php>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

AMARAL, Sylvio do. **Falsidade documental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. VADE MÉCUM. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 395-477.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. VADE MÉCUM. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 161-343.

BRASIL. Lei n.º 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm#art2>. Acesso em: 01 ago. 2007.

BRASIL. Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial, altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm#art20>. Acesso em: 01 ago. 2007.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.589, de 31 de agosto de 1999. Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1999&Numero=1589&sigla=PL>. Acesso em: 28 jan. 2007.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.483, de 12 de agosto de 1999. Institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de comércio eletrônico. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1999&Numero=1589&sigla=PL>. Acesso em: 28 jan. 2007.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.906, de 21 de junho de 2001. Dispõe sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2001&Numero=4906&sigla=PL>. Acesso em: 28 jan. 2007.

BRUNO, Fábio de Barros. **Os contratos eletrônicos e a vontade preestabelecida por meio de programas de computador**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id8447>>. Acesso em: 05 mar. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

CORREIA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Marcos. A ICP-Brasil e os documentos eletrônicos. **Caderno jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 19-46, jul. 2002.

COVAS, Silvânio. **O contrato no ambiente virtual**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n. 5, p. 100-122, mai./ago. 1999.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. **Processo eletrônico**. Disponível em: <<http://www.cescage.edu.br/site/pagina/conteudo.php?flag=6003&var=1002&opcao=33>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. **Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil**. Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 62-77, out./dez. 2002.

DALLAGNOLO, Dorval Baptista. Um estudo sobre os princípios gerais do contrato civil. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 11, n. 39, p. 82-93, jan./mar. 1987.

DIAS, Jean Carlos. **O Direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Contratos via internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Thaíssa Garcia. Princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 838, p. 725-744, ago. 2005.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 277.

LUCCA, Newton de. **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: EDIPRO, 2001.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via internet: problemas relativos à sua formação e execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 776, p. 92-108, jun. 2000. p. 96.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Implicações práticas da boa-fé objetiva**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 7, n. 39, p. 7-16, jan./fev. 2006.

NUNES, Rizzatto. **A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade contemporânea**. Revista Jurídica, v. 52, n. 327, p. 9-12, jan. 2005.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A exibição da prova eletrônica em juízo – necessidade de alteração das regras do processo civil?** Disponível em: <http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=726&acao=lendo> Acesso em: 08 mar. 2007.

RELVAS, Marcos. **Comércio eletrônico: aspectos contratuais na relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2005.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos. **Comércio eletrônico: aspectos jurídicos relevantes**. Revista Forense, v. 100, n. 371, p. 481-496, jan./fev. 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: o Direito na era virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Rosana Ribeiro da. **A teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos**. Revista de Direito Privado, v. 2, n. 8, p. 198-209, out./dez. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

WIELEWICKI, Luis. Contratos e Internet – contornos de uma breve análise. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da. WAISBERG, Ivo. (Org.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 191-209.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos**. Curitiba: Editora UFPR, 2002. v. 2: Teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos.